

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

Anti-treaty shopping maatregelen in Nederlandse belastingverdragen

Catch me *if* you can.

Naam: Daphne Oudshoorn
Studentnummer: 311641
Begeleider: drs. M. Nieuweboer
Datum: Rotterdam, 11 oktober 2012

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	4
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	6
1.1 Introductie van het onderwerp.....	6
1.2 Probleemstelling en opzet van het onderzoek	9
1.3 Afbakening van het onderzoeksterrein	10
Hoofdstuk 2 Misbruik	12
2.1 Inleiding.....	12
2.2 Belastingmoraal.....	12
2.3 Ontwijken versus ontduiken	15
2.4 Verdragsmisbruik	19
2.5 Deelconclusie	22
Hoofdstuk 3 Treaty shopping & substance	23
3.1 Inleiding.....	23
3.2 Treaty shopping.....	23
3.3 Het voorkomen van treaty shopping.....	27
3.4 Substance.....	30
3.5 Deelconclusie	32
Hoofdstuk 4 Antimisbruikbepalingen in het OESO-Modelverdrag	34
4.1 Inleiding.....	34
4.2 Beneficial ownership.....	36
4.2.1 Back to basic	36
4.2.2 De uiteindelijk gerechtigde in de Nederlandse nationale wetgeving.....	38
4.2.3 Internationale jurisprudentie.....	41
4.2.4 OESO Discussion draft.....	46
4.2.5 Aanbeveling.....	47
4.3 De uitwisseling van informatie en het verlenen van bijstand	47
4.3.1 Artikel 26 OESO-Modelverdrag: De uitwisseling van informatie	48
4.3.2 Artikel 27 OESO-Modelverdrag: Het verlenen van bijstand bij belastingheffing	49
4.3.3 Overige (model)verdragen inzake informatie-uitwisseling en bijstandsverlening	50
4.4 Deelconclusie	52
Hoofdstuk 5 De main purpose test en limitation-on-benefits.....	54
5.1 Inleiding.....	54
5.2 De main purpose test	55
5.2.1 De main purpose test – doel, strekking & werking	55

5.2.2	De main purpose test in het verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk	57
5.2.3	De main purpose test in andere bilaterale verdragen.....	59
5.3	De Limitation-on-benefits bepaling	60
5.3.1	De LOB-bepaling – doel, strekking & werking	60
5.3.2	De LOB-bepaling in het verdrag Nederland – Verenigde Staten	62
5.3.3	De LOB-bepaling in het verdrag Nederland – Japan	64
5.3.4	De LOB-bepaling in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011	65
5.4	Deelconclusie	66
Hoofdstuk 6 Een verscherpte blik op een aantal verdragen		68
6.1	Inleiding.....	68
6.2	Het verdrag Nederland - Duitsland.....	68
6.2.1	Doorwerking antimisbruikleerstukken uit de nationale wetgeving	69
6.2.2	Overige antimisbruikbepalingen in het verdrag Nederland - Duitsland.....	70
6.3	Verdragen met laagbelaste jurisdicties	70
6.3.1	Het Midden-Oosten	72
6.3.2	(Belasting)paradijzen.....	75
6.4	Deelconclusie	76
Hoofdstuk 7 Treaty shopping maatregelen in de Europese richtlijnen		78
7.1	Inleiding.....	78
7.2	De Europese Unie.....	78
7.3	Europees belastingrecht.....	80
7.4	Antimisbruikmaatregelen in de Europese richtlijnen	81
7.4.1	Moeder-dochterrichtlijn.....	81
7.4.2	Interest- & Royalty richtlijn	83
7.5	Deelconclusie	85
Hoofdstuk 8 Samenvatting en conclusie		86
8.1	Inleiding.....	86
8.2	Samenvatting	86
8.3	Conclusie	93
Literatuurlijst.....		95
Appendix 1		101

Lijst van gebruikte afkortingen

Afl.	Aflevering
A-G	Advocaat-generaal
Art.	Artikel
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
Blz.	Bladzijde
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
Bvdb 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CFC	Controlled Foreign Company
EU	Europese Unie
EG	Europese Gemeenschap
ESB	Economisch Statische Berichten
EU-recht	Europees belastingrecht
EU-Verdrag	Verdrag van de Europese Unie
FED	Fiscaal weekblad FED
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IRS	International Revenue Service
LOB	Limitation-on-benefits
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
Nr.	Nummer
O.a.	Onder andere
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OEES	Organisatie voor Europese Economische Samenwerking
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OPEC	Organisation of the Petroleum Exporting Countries
Red.	Redactie
RvS	Raad van State
Stb.	Staatsblad

SW 1956	Successiewet 1956
TCC	Tax Court of Canada
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
TIEA	Tax Information Exchange Agreement
U.S.	United States
Vs.	Versus
V-N	Vakstudie Nieuws
Verdrag van Wenen	Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht
VwEU	Verdrag betreffende de werking Europese Unie
WABB-Verdrag	Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken
Wet DB 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht
WIB	Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Introductie van het onderwerp

*Anti-abuse doctrines are needed...because it is impossible for drafters of the tax law to anticipate each and every interaction of the various tax rules. Inevitably, there will be some unforeseen interaction of tax rules so that, if one arranges one's affairs in just the right manner, magic happens.*¹ (Daniel N. Shaviro and David A. Weisbach)

Het zal mij niets verbazen als vele scripties, ongeacht de studie, starten met een uiteenzetting van het huidige tijdsbeeld. Daarbij zijn globalisering, vervagende grenzen en technologische ontwikkelingen belangrijke kernwoorden. En of het nu gaat om economie, rechten of zelfs psychologie, deze factoren zijn van invloed. Ook in het fiscale vakgebied is het resultaat van de globalisering merkbaar. Voor ondernemingen wordt het steeds gemakkelijker wereldwijd zaken te doen. En ook investeren kan vandaag de dag op (vrijwel) ieder moment, in (vrijwel) ieder land.

Indien je grensoverschrijdend handelt, is het laatste wat je wilt dat de belastingautoriteiten in zowel het land van investeren als het woonland de hand op houden als het op belastingen aankomt. Indien dit het geval is wordt de investeerder namelijk geconfronteerd met een juridisch dubbele belasting. Een dubbele belasting kan ontmoedigend werken ten aanzien van investeringen. Vandaar dat landen afspraken maken over het heffingsrecht. Deze afspraken worden vastgelegd in een belastingverdrag. Zoals de bovenstaande quote al aangeeft is het voor de wetgever onmogelijk om binnen een wet of belastingverdrag alle situaties te vangen. Door een samenloop van regels kan er een maas in de wet ontstaan waar belastingplichtigen gebruik van kunnen maken. Deze mazen in de wet wil de wetgever of de verdragssluitende staten dichten door antimisbruikmaatregelen te treffen. Hierdoor ontstaat een soort kat en muis spelletje. Zodra er maatregelen zijn getroffen om misbruik te voorkomen, gaan belastingplichtigen op zoek naar een manier om de toepassing van deze maatregelen te voorkomen.

¹ J.L. Yablon, *As Certain As Death, Quotations about taxes*, Tax Analysts 2010 Edition.

Kortom, om juridisch dubbele belastingheffing te voorkomen worden er bilaterale belastingverdragen gesloten.² Van juridisch dubbele belasting is sprake indien één persoon ten aanzien van één object door twee heffingsbevoegde instanties wordt belast.^{3,4} In de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting wordt het heffingsrecht tussen twee staten verdeeld.⁵ Daarnaast dienen belastingverdragen ook een heffingslacune te voorkomen.⁶

Nederland heeft in de afgelopen jaren een groot verdragenennetwerk opgebouwd. Bij het sluiten van een bilateraal belastingverdrag heeft Nederland zich ten doel gesteld om verdragsmisbruik onmogelijk te maken. Een hele opgave gezien de vele en soms grote verschillen in belastingsystemen. Het is dan ook geen wonder dat dit resulteert in diverse antimisbruikbepalingen in verdragen om zo verdragsmisbruik te voorkomen. Het startpunt bij verdragsonderhandelingen is veelal het modelverdrag en commentaar dat is opgesteld door de Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, hierna: OESO). In 2011 heeft de Staatssecretaris van Financiën in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid weergegeven welke doelen Nederland in de onderhandelingen nastreeft. Zoals zojuist al is aangegeven is dit onder andere het voorkomen van verdragsmisbruik.

Verdragsmisbruik kan worden verdeeld in drie categorieën, te weten (I) Fiscaal vluchtgedrag, (II) ‘Shopping’ binnen een verdrag en (III) ‘Treaty shopping’.⁷ Fiscaal vluchtgedrag wordt tegengegaan door diverse bepalingen in de nationale wet. Neem als voorbeeld de woonplaatsfictie die in de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956), art. 3 lid 1 SW 1956 is opgenomen. Het voorkomen van ‘shop’-gedrag van zowel categorie (II) als (III), wordt in het bilaterale belastingverdrag geregeld. In dit onderzoek richt ik mij tot de derde categorie; treaty shopping. Treaty shopping is van oorsprong een Amerikaans begrip, waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen ‘good treaty shopping’ en ‘bad treaty shopping’.⁸ Over treaty shopping wordt gesproken indien een inwoner van een derde staat zich toegang verschafft tot

² Daarnaast kent Nederland ook een eenzijdige regel ter voorkoming van juridisch dubbele belasting, namelijk het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (BvdB 2001)

³ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2011, blz. 43.

⁴ Er is sprake van economisch dubbele belasting indien (I) in bij twee personen over hetzelfde object, dan wel (II) bij één persoon tweemaal formeel over verschillende doch materieel identieke objecten, door één of twee instanties belasting wordt geheven.

Zie: C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2011, blz. 43.

⁵ Een belastingverdrag kan geen heffingsrecht creëren, enkel het heffingsrecht toewijzen.

⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 14 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 25 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁸ R.D. Kramer, ‘Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen’, *WFR* 1981/1357.

het verdrag om zo gebruik te maken van de verdragsvoordelen.⁹ Een scheidslijn tussen goed en slecht is nauwelijks aan te geven. Wanneer ik in het vervolg van dit onderzoek spreek over maatregelen ter voorkoming van treaty shopping, mag aangenomen worden dat het gaat om ‘bad treaty shopping’, de variant waartegen opgetreden moet worden.

Voorbeelden van maatregelen om treaty shopping tegen te gaan zijn de *limitation-on-benefits bepaling* (hierna: LOB-bepaling) en de *main purpose test*. Een derde mogelijkheid die nog weleens wordt toegepast in bilaterale verdragen is de doorwerking van nationale antimisbruikleerstukken. Naast deze maatregelen wordt het begrip *uiteindelijk gerechtigde* veelvuldig in belastingverdragen opgenomen en komt er steeds meer wet- en regelgeving betreffende de uitwisseling van informatie en het verlenen van bijstand bij heffing.

Naast het internationaal belastingrecht is ook het Europees belastingrecht (hierna: EU-recht) de laatste decennia steeds verder ontwikkeld. In het Europees belastingrecht staan er vier vrijheden centraal. De vrijheid van goederen, diensten, personen en kapitaal. Deze vrijheden zijn vastgelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU). Lidstaten van de Europese Unie zijn vrij hun eigen belastingsysteem vorm te geven. Er wordt enkel geëist dat het systeem geen inbreuk maakt op het VwEU. Binnen de Europese Unie is er echter wel een ontwikkeling gaande die kan resulteren in een geharmoniseerd vennootschapsbelastingstelsel. Dit moet gerealiseerd worden door de invoering van de Common Consolidated Corporate Tax Base (hierna: CCCTB). Betreft de indirecte belastingen zijn de verschillende belastingsystemen al nader tot elkaar gebracht door de Btw-richtlijn. Naast deze richtlijn kent Europa de Moeder-dochterrichtlijn, de Fusierichtlijn, de Interest- & Royalty richtlijn en de Spaartegoedenrichtlijn. Net als in bilaterale belastingverdragen zijn ook in deze richtlijnen maatregelen getroffen om misbruik te voorkomen.

Zoals uit het bovenstaande kan worden opgemerkt wordt de regelgeving rondom belastingen met de dag uitgebreider. Het kat en muisspelletje duurt voort. Waar de wetgever bezig is met het dichten van de mazen in de wet en het treffen van maatregelen om misbruik te voorkomen, zoeken belastingplichtigen keer op keer de gaten in de wet op om hier handig gebruik van te maken. Omdat het onmogelijk is alle situaties te overzien, dient de wetgever

⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 25 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

steeds opnieuw de wet- en regelgeving aan te scherpen. Dit geldt zowel voor het nationaal belastingrecht, als het internationaal belastingrecht, als het EU-recht.

1.2 Probleemstelling en opzet van het onderzoek

Zoals hiervoor is geïllustreerd is het internationaal- en Europees belastingrecht in hoog tempo ontwikkeld. In bilaterale belastingverdragen en in de Europese richtlijnen zijn maatregelen getroffen om misbruik te voorkomen. Mijn doel is om tijdens het onderzoek voor de masterthesis een beter inzicht te krijgen in de huidige antimisbruikbepalingen, die zijn gericht op treaty shopping. Daarbij wil ik de vraag stellen of de huidige vormgeving ideaal is of dat deze op een andere wijze geoptimaliseerd kan worden. Om hierop een antwoord te vormen zal ik op zoek moeten naar de redeneringen, discussies en beginselen die schuil gaan achter de antimisbruikbepalingen. Dit leidt tot de volgende probleemstelling:

Welk van de door Nederland in bilaterale verdragen opgenomen bepalingen om treaty shopping tegen te gaan, geniet de voorkeur om ook in toekomstige verdragen te worden opgenomen?

Om op deze vraag een antwoord te vormen zal ik mijn onderzoek starten met het definiëren van misbruik. In hoofdstuk twee neem ik de lezer mee door geschiedenis van belastingheffing en het belastingmoraal. Ook het ‘onderscheid’ tussen belastingontwijking en belastingontduiking wordt in dit hoofdstuk toegelicht. Vervolgens ga ik in op het begrip verdragsmisbruik en welke categorieën wij hierin kunnen onderscheiden. Het belang van dit hoofdstuk is het duidelijk stellen van de begrippen die tijdens het onderzoek worden gehanteerd. In hoofdstuk drie richt ik mij op treaty shopping. Want, in welke gevallen spreken wij over een probleem waartegen moet worden opgetreden? In dit hoofdstuk wil ik aangeven waarom treaty shopping een probleem vormt en welke mogelijkheden verdragssluitende staten hebben om het probleem aan te pakken. Daarnaast speelt ook “substance” een rol binnen het onderzoek, hier sta ik in hoofdstuk drie dan ook bij stil. In hoofdstuk vier komen de maatregelen aan bod die in het OESO-Modelverdrag zijn opgenomen om misbruiksituaties in de kiem te smoren. Ik richt mij op de uiteindelijk gerechtigde bepaling en de maatregelen die voorzien in het uitwisselen van informatie en het verlenen van bijstand bij de heffing van belastingen. In hoofdstuk vijf komen de main purpose test en limitation-on-benefits bepaling aan bod. Na deze maatregelen te hebben besproken, probeer ik een afweging te maken tussen de voor- en nadelen die beide maatregelen kennen. Hierbij neem ik in oogschouw op welke

niveau de maatregel is getroffen (onderscheid in *entity-based* en *transaction-based* benaderingen), de rechts(on)zekerheid die de bepaling met zich meebrengt en de leesbaarheid en uitvoering van de maatregel. Daarnaast bespreek ik in hoofdstuk vijf ook de verdragen waarin deze maatregelen zijn getroffen, om zo een duidelijker beeld te krijgen van de maatregel. Gezien de probleemstelling wil ik ook een blik werpen op de toekomst. Vandaar ik ervoor kies om een recent verdrag nader onder de loep te nemen. Hiervoor heb ik gekozen voor het nieuwe belastingverdrag met Duitsland dat naar verwachting op 1 januari 2014 in werking zal treden. Ik bekijk welke maatregelen Nederland en Duitsland in dit verdrag hebben getroffen om misbruik te voorkomen. Hier komt ook de derde mogelijkheid ter sprake die ik uiteindelijk wil vergelijken met de main purpose test en de LOB-bepaling. Ik doel hier op de doorwerking van antimisbruikleerstukken uit de nationale wetgeving. Daarnaast bespreek ik in hoofdstuk zes ook een andere trend binnen het internationaal belastingrecht, namelijk het feit dat er steeds vaker belastingverdragen worden gesloten met laagbelaste jurisdicties. Ik vraag mij af of het noodzakelijk is om extra maatregelen te treffen binnen deze bilaterale belastingverdragen. In hoofdstuk zeven maak ik vervolgens een vergelijking met de maatregelen die in de voorgaande hoofdstukken zijn besproken en de antimisbruikmaatregelen die zijn opgenomen in het Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- & Royalty richtlijn. In hoofdstuk acht geef ik een samenvatting en sluit in af met een conclusie.

1.3 Afbakening van het onderzoeksterrein

In de voorgaande paragrafen is wellicht al duidelijk geworden dat het onderwerp van dit onderzoek een breed onderzoeksterrein beslaat. In de beantwoording van mijn hoofdvraag richt ik mij alleen tot de hierna genoemde maatregelen, om zo de omvang van dit onderzoek enigszins in te perken;

- de uiteindelijk gerechtigde bepaling,
- art. 26 en 27 OESO-Modelverdragen ten aanzien van het uitwisselen van informatie en het verlenen van bijstand bij heffing,
- de main purpose test,
- de limitation-on-benefits bepaling,
- de doorwerking van nationale antimisbruikleerstukken,
- belastingverdragen met laagbelaste jurisdicties.

Door de OESO zijn er nog andere methoden aangedragen die in sommige hoofdstukken kort worden aangestipt. Een gedetailleerde behandeling gaat mijns inziens de reikwijdte van dit onderzoek te buiten, gezien ik mij richt op de maatregelen die in de huidige Nederlandse bilaterale verdragen zijn opgenomen.

Gezien de omvang van het onderzoek laat ik het Europees recht slechts een ondergeschikte rol spelen. Ik zal de maatregelen die worden besproken niet toetsen aan het Europees recht. Enkel voor de LOB-bepaling maak ik een uitzondering en sta ik hier kort bij stil gezien de discussie hierover in de literatuur. Daarnaast ga ik ook niet in op nationale antimisbruikmaatregelen die worden getoetst aan het EU-recht. Met betrekking tot het EU-recht onderzoek ik alleen welke maatregelen er zijn getroffen in de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- & Royaltyrichtlijn. Dit zijn de richtlijnen die naar mijn idee samenhang vertonen met de bepalingen in verdragen waarvoor antimisbruikmaatregelen worden ontworpen. De Fusierichtlijn, Spaartegoedenrichtlijn en de Btw-richtlijn laat ik gezien de omvang en de beperkte toegevoegde waarde voor de beantwoording van de hoofdvraag buiten beschouwing. Ook de ontwikkelingen op het gebied van de Common Consolidated Corporate Tax Base, de CCCTB, blijven buiten beschouwing.

Hoofdstuk 2 Misbruik

2.1 Inleiding

mis·bruik *het; o –en* 1. verkeerd gebruik 2. overdadig gebruik

Gezien de bovenstaande definitie uit de *Van Dale* wellicht iets te kort is als toetsingskader voor mijn onderzoek ga ik in dit hoofdstuk in op het begrip misbruik. Ik start met een duik in de geschiedenis. Kort beschrijf ik hoe in vorige eeuwen gedacht werd over belastingheffing en het belastingmoraal. Gezien deze onderwerpen een scriptie op zich kunnen vormen, beperk ik mij tot enkele highlights. Zo werd er in de Middeleeuwen bijvoorbeeld geen onderscheid gemaakt tussen belastingontwijking en belastingontduiking. Een onderscheid wat vandaag de dag wel wordt gemaakt. Het ontduiken van een belasting is illegaal, maar het ontwijken van een belasting legaal.¹⁰ De grens tussen beiden is echter lastig aan te geven of zoals Franklin D. Roosevelt het eens verwoordde:

*Tax avoidance means that you hire a \$250.000-fee lawyer, and he changes the word “evasion” into the word “avoidance”.*¹¹

Het onderscheid tussen belastingontwijking en belastingontduiking komt in dit hoofdstuk aan bod. Hoewel het lastig blijft om de vele begrippen en verschillende synoniemen duidelijk te definiëren waag ik toch een poging. Vervolgens bespreek ik de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 en gedetailleerder de verschillende verschijningsvormen van misbruik binnen verdragen. De Staatssecretaris van Financiën meent dat verdragsmisbruik valt op te splitsen in drie categorieën, welke allen besproken worden.¹² Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

2.2 Belastingmoraal

Anybody has the right to evade taxes if he can get away with it. No citizen has a moral obligation to assist in maintaining the government. If Congress insists on making stupid

¹⁰ Strict genomen is het ontwijken van belastingen een legale handeling, echter kunnen er vanuit sociaal en maatschappelijk oogpunt wel morele bezwaren worden aangedragen.

¹¹ J.L. Yablon, *As Certain As Death, Quotations about taxes*, Tax Analysts 2010 Edition.

¹² *Kamerstukken II 2010/11*, 25 087, nr. 7, blz. 25 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

*mistakes and passing foolish tax laws, millionaires should not be condemned if they take advantage of them.*¹³ (J. Pierpont Morgan)

Onder belasting heffen wordt verstaan het volgens recht en billijkheid vorderen van gelden door de overheid, zonder dat de overheid hiervoor een direct aanwijsbare tegenprestatie levert aan de belastingbetaler.¹⁴ Nog voor onze jaartelling stelde Cicero dat de overheid in beginsel geen belasting mag heffen. Staten zijn immers gevormd met de gedachte dat het private eigendom moet worden bewaard.¹⁵ Door het gebruiken van de woorden ‘in beginsel’, wordt een voorbehoud geschept. Overheden hadden het recht in tijden van nood een beroep te doen op de bevolking door middel van het heffen van een belasting. Eenzelfde gedachte komt ook in de Middeleeuwen terug. In die tijd was belastingheffing slechts een bijzondere aangelegenheid en geen jaarlijks terugkerend fenomeen.¹⁶

Een andere gedachtegang over belastingheffing is terug te leiden naar de Romeinse tijd. Kerkleraar Salvianus van Marseille memoreerde in de vijfde eeuw naar de heffingsgedachte uit de oude Romeinse Republiek.¹⁷ De gemeenschap zou er baat bij hebben wanneer mensen het algemeen belang verkozen boven het eigen belang. De overheid vraagt het minimale van de belastingbetaler en deze draagt vervolgens het maximale af. Ydema geeft aan dat deze opvatting diverse malen terugkomt, van de klassieke periode tot het einde van Middeleeuwen en ook later.

Later tussen 1155 en 1159 schreef John of Salisbury, de bisschop van Chartres, het boek Polycraticus.¹⁸ De gedachte die is neergelegd in het boek komt er in de kern op neer dat een vorst geen daden mag stellen in strijd met het algemeen belang. Dit is een gevolg van het feit dat de vorst staatsrechtelijk een publiek orgaan is. Het latere werk van Thomas van Aquino sluit hierbij aan.¹⁹

¹³ J.L. Yablon, *As Certain As Death, Quotations about taxes*, Tax Analysts 2010 Edition.

¹⁴ A.C.J. de Vrankrijker, *Geschiedenis van de belastingen*, Fibula-Van Dishoeck: Bussem 1969.

¹⁵ O.I.M. Ydema, ‘Belastingmoraal’, *WFR* 1995/703.

¹⁶ J.A.M.Y. Bos-Rops, ‘Van Incidentele gunst tot jaarlijkse belasting: de bedde in het vijftiende-eeuwse Holland’, in: *Fiscaliteit in Nederland, 50 jaar Belastingmuseum “Prof. Dr. Van der Poel”*, De Walburg Pers / Kluwer: Zutphen/Deventer 1987.

¹⁷ O.I.M. Ydema, ‘Belastingmoraal’, *WFR* 1995/703.

¹⁸ O.I.M. Ydema, ‘Belastingmoraal’, *WFR* 1995/703.

¹⁹ Thomas van Aquino is een dominicaner monnik en kerkleraar en een veelvuldig geciteerde auteur.

Terug naar de gedachtegang van Cicero; de overheid ontleent haar bestaansrecht aan het feit dat zij de particuliere eigendom beschermt. Deze gedachte in combinatie met het leerstuk dat een vorst geen onjuiste wet kan maken, een gedachte van Thomas van Aquino, vormt de basis voor *justa causa*. Enkel een objectief geldige rechtvaardigingsgrond rechtvaardigde een inbreuk op het eigendomsrecht. De omstandigheid die een inbreuk in overeenstemming brengt met de eisen van rechtvaardigheid en billijkheid werd *justa causa* genoemd.²⁰ Het leerstuk werd streng getoetst. Alleen in geval van nood kon een belastingbijdrage worden gevraagd aan de burger. Het onderzoek dat in deze scriptie centraal staat gaat in de kern om misbruik. Gesteld mag worden dat de belastingbetaler in het algemeen het liefste zo min mogelijk belasting betaalt. Echter bezien vanuit het *justa causa* leerstuk, begaat de belastingbetaler een zonde indien hij geen belasting betaalt.

Waar wij vandaag de dag een onderscheid maken tussen belastingontwijking en belastingontduiking, dit wordt nader toegelicht in het vervolg van dit hoofdstuk, werd dit onderscheid in de Middeleeuwen niet gemaakt. Dit licht ik toe met een voorbeeld en verwijzing naar *Ydema*. Stel er wordt een brugbelasting geheven. Iedere keer dat een passant een brug wil oversteken moet hiervoor belasting worden betaald. Indien de passant ervoor kiest de overkant zwemmend te bereiken wordt de brugbelasting ontweken. Echter deze actie van de passant was aan te merken als een zonde, omdat in de Middeleeuwen zowel ontduiken als ontwijken van belasting als zonde werden aangemerkt. *Ydema* trekt uiteindelijk de conclusie dat ook in de huidige tijd de overheid een zekere loyaliteit mag verwachten van de belastingbetaler, die evenredig is aan de zeer evidente noodzaak van de door haar voorgestane beleidsdoeleinden.²¹

Het onderscheid tussen belastingontduiking en belastingontwijking werd duidelijk in één van de eerste belangrijke belastingrechtelijke uitspraken. Deze belastingrechtzaak stamt uit 1873 en werd gevoerd in de Verenigde Staten.²² In die tijd werd er een belasting geheven van 2 cent indien er werd betaald met cheque van 20 dollar of meer. Om deze belastingheffing te ontwijken betaalde de belastingbetaler met 2 cheques van 10 dollar in plaats van 1 cheque. Het Hof oordeelde hier dat de belastingbetaler het recht heeft zijn cheques op te splitsen. Er kan dan ook niet worden gesproken over een illegale handeling.

²⁰ O.I.M. Ydema, 'Belastingmoraal', *WFR* 1995/703.

²¹ O.I.M. Ydema, 'Belastingmoraal', *WFR* 1997/703.

²² *United States vs. Isham*, 84 U.S. 496 (1873).

Van 1873 opnieuw een grote sprong vooruit, naar de jaren 70 van de 20^e eeuw. *Van Arendonk* geeft aan dat er tot het einde van de jaren 70 weinig aandacht was voor weerstand van de belastingbetaler. De mogelijke oorzaak hiervan vindt hij in de positieve economische ontwikkeling en de ruime belastingopbrengsten bij de overheid.²³ In maart 1976 werd een onderzoek gestart naar de diverse vormen van belastingfraude in Nederland.²⁴ In 1979 publiceerde *Van Bijsterveld* de resultaten van zijn onderzoek Belastingfraude. Hij maakte daarbij een onderscheid tussen de begrippen belastingmoraal en belastingmentaliteit. *Van Bijsterveld* ziet een link tussen het belastingmoraal en de zedelijke beginselen. Dit is het onderscheid dat de burger maakt tussen goed en slecht. De belastingmentaliteit geeft aan in welke mate belastingbetalers zich houden aan hun belastingverplichtingen, ongeacht hun motieven. Een aanbeveling van *Van Bijsterveld* is dat de overheid juridische en administratieve maatregelen afstemt op de belastingmentaliteit van de belastingbetaler. De publicatie van het rapport Belastingfraude werd gevolgd door een verscherpte aanpak, waarbij ook fraudebestrijding in internationaal verband onder de loep werd genomen.²⁵ Wereldwijd is er op politiek niveau in 2009 erkend dat er moet worden gewerkt aan meer transparantie en informatie-uitwisseling in belastingzaken.²⁶ Gelijktijdig wordt meer aandacht geschonken aan het misbruik van verdragen en de noodzaak om antimisbruikmaatregelen op te nemen in belastingverdragen.

2.3 Ontwijken versus ontduiken

Een passant die in de huidige tijd een mogelijke brugbelasting ontwijkt door zwemmend de overkant te bereiken, begaat geen illegale handeling. Enkel in het geval van belastingontduiking is er sprake van een illegale activiteit. De grens tussen belastingontduiking en –ontwijking is lastig te bepalen. In het National Income Tax Magazine stond eens:

²³ H.P.A.M. van Arendonk, 'Juridische aspecten van belastingweerstand', in: D.J. Hessing, H. Elffers en J.H. Christiaanse (red.), *Belastingontduiking. Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand*, Deventer: Kluwer 1989.

²⁴ Auteur onbekend, 'Het rapport-Van Bijsterveld. Conclusies en aanbevelingen', *WFR* 1980/473.

²⁵ H.P.A.M. van Arendonk, 'Juridische aspecten van belastingweerstand', in: D.J. Hessing, H. Elffers en J.H. Christiaanse (red.), *Belastingontduiking. Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand*, Deventer: Kluwer 1989.

²⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr 7, blz. 4 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

*Certain acts of tax escaping are clearly evasion; others are clearly avoidance; between the two is a twilight zone in which it is extremely difficult to determine whether a given act falls on one side of the line or the other.*²⁷

Of Denis Healey, Brits politicus:

*The difference between tax avoidance and tax evasion is the thickness of a prison wall.*²⁸

Wanneer er wordt gesproken over ‘misbruik’ gebruiken we een breed scala aan begrippen; belastingmisbruik, belastingfraude, belastingontduiking, belastingontwijking, belastingplanning, ontgaan, oneigenlijk gebruik, enzovoorts. De vraag moet worden gesteld of al deze termen dezelfde lading dekken en welke termen het beste te gebruiken zijn. Zo maken *Van Arendonk* en *Wisselink* kritische opmerkingen bij het gebruik van de begrippen ontgaan en ontwijken. *Van Arendonk* vindt het verantwoord om misbruik en fraude evenals ontgaan en oneigenlijk gebruik als synoniemen aan te merken wanneer deze begrippen worden gebruikt in een niet juridische context.²⁹ In een juridische context gaat de voorkeur van *Van Arendonk* naar het gebruik van de woorden fraude en oneigenlijk gebruik. *Wisselink* beargumenteert dat het beter is te spreken van fiscaal of belastingrechtelijk geoorloofd en ongeoorloofd ontgaan. De begrippen ontwijken en ontgaan kunnen dan als synoniemen worden gebruikt. Dit standpunt beargumenteert hij met het feit dat ontgaan als een gekleurd begrip wordt gebruikt. Ook wanneer niet kan worden geheven op basis van doel en strekking of op basis van *fraus legis* wordt er namelijk gesproken over het ontgaan van belastingen.³⁰

Een duidelijk onderscheid tussen de diverse termen wordt gemaakt door *Merks*. Hij deelt een belastingbesparing op in drie categorieën; belastingontduiking, belastingontwijking en belastingplanning.³¹ Voor het begrip belastingontduiking geeft hij twee omschrijvingen. Allereerst verwijst *Merks* naar de definitie van *Hessing, Elffers en Christiaanse*; een onrechtmatige activiteit die kan leiden tot een strafrechtelijke vervolging is aan te merken als

²⁷ J.L. Yablon, *As Certain As Death, Quotations about taxes*, Tax Analysts 2010 Edition.

²⁸ J.L. Yablon, *As Certain As Death, Quotations about taxes*, Tax Analysts 2010 Edition.

²⁹ H.P.A.M. van Arendonk, ‘Juridische aspecten van belastingweerstand’, in: D.J. Hessing, H. Elffers en J.H. Christiaanse (red.), *Belastingontduiking. Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand*, Deventer: Kluwer 1989.

³⁰ R.J.M. van Moorsel, ‘Ontgaan en ontduiken van belasting Tweede lustrum van het Fiscaal- Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam’, *WFR* 1980/693.

³¹ P.F.E.M. Merks, ‘Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 1)’, *MBB* 2006/09.

belastingontduiking.³² Waarna hij vervolgens belastingontduiking opsplijt in omissiedelicten en belastingfraude. Van een omissiedelict is sprake indien de belastingplichtige niet of onjuist aangifte doet. Bij zwaardere vergrijpen spreekt *Merks* over belastingfraude. Deze opvatting is te vergelijken met de definitie die *Van Bijsterveld* hanteerde voor zijn onderzoek. Hij definieerde belastingfraude als het bewust verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens of het onthouden van gegevens, welke nodig zijn voor het vaststellen van de belastingplicht.³³ Een tweede omschrijving die *Merks* geeft aan het begrip belastingontduiking is ‘het door de belastingplichtige ontwijken van het betalen van belasting, zonder dat de verplichting hiertoe is vervallen, met als gevolg het niet betalen van belasting (die onomstotelijk volgens de wet verschuldigd is) en het overtreden van de wet.’

Belastingontwijking, wat niet verboden is, ziet hij als het gebruik maken van de mazen in de wet. Ook indien een belastingplichtige gebruik maakt van belastingplanning is er geen sprake van een strafbare handeling. Dit wil echter niet zeggen dat belastingontwijking en –planning geen aandacht krijgen van overheden.³⁴ Uiteindelijk geeft *Merks* in zijn conclusie een overzicht van de door hem besproken begrippen, waarbij hij ook belastingplanning definieert als het legaal gebruik maken van de mazen in de wet. Belastingplanning wordt opgevolgd door belastingontwijking. Bij belastingontwijking is door de hoogst bevoegde rechtelijk instantie beslist dat een bepaalde handeling niet is toegestaan. Ikzelf heb nog wat moeite met deze tweede stap van *Merks*. Hij spreekt over belastingontwijking indien het gaat om een niet toegestane transactie. Zoals hiervoor echter is besproken is het ontwijken van belastingen geen strafbaar feit. Ik meen dat de omschrijving van *Merks* zo moet worden gelezen dat er op het moment van uitspraak door de hoogst bevoegde rechtelijke instantie geen eerdere uitspraak is gedaan in een soort gelijke casus. Deze gedachtegang sluit aan bij de derde categorie die *Merks* onderscheidt, hij spreekt van belastingontduiking indien de belastingplichtige in zijn aangifte een standpunt inneemt waarvan, al eerder door de hoogst bevoegde rechtelijke instantie, is besloten dat er sprake is van een niet toegestane transactie. Ter verduidelijking van het bovenstaande is hieronder het door *Merks* gebruikte overzicht weergegeven (figuur 1).³⁵

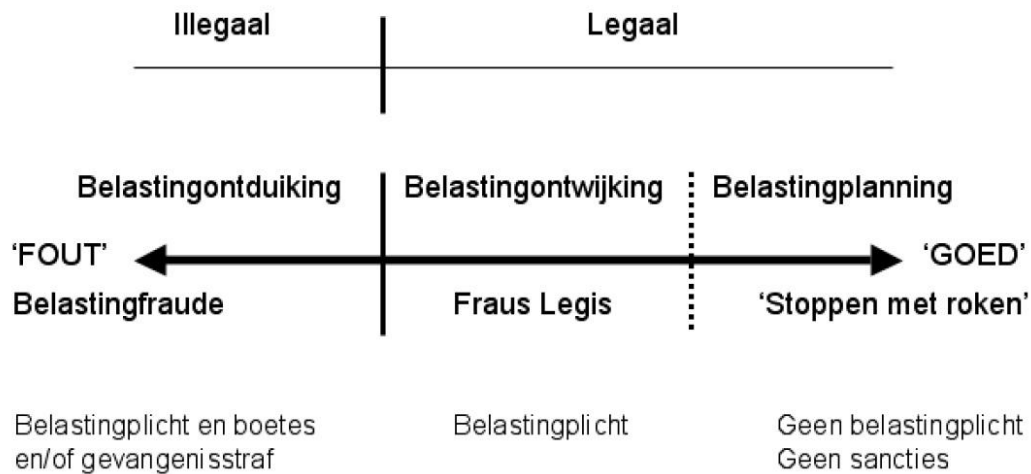
³² D.J. Helsing, H. Elffers en J.H. Christiaanse (red.), *Belastingontduiking. Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand*, Deventer: Kluwer 1989.

³³ Auteur onbekend, ‘Het rapport-Van Bijsterveld. Conclusies en aanbevelingen’, *WFR* 1980/473.

³⁴ *Merks* trekt deze conclusie met verwijzing naar het OESO rapport: ‘International Tax Avoidance and Evasion, Four related studies’, OESO, Parijs 1987, blz. 11.

³⁵ P.F.E.M. Merks, ‘Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 2)’, *MBB* 2006/10.

Figuur 1



De Amerikaanse belastingdienst, the International Revenue Service (IRS) omschrijft het verschil tussen belastingontwijking en belastingontduiking als volgt:

*Avoidance of taxes is not a criminal offense. Any attempt to reduce, avoid, minimize, or alleviate taxes by legitimate means is permissible. The distinction between evasion and avoidance is fine yet definite. One who avoids tax does not conceal or misrepresent. He shapes events to reduce or eliminate tax liability an upon the happening of the events, makes a complete disclosure. Evasion, on the other hand, involves deceit, subterfuge, camouflage, concealment, some attempt to color or obscure events, or making things seem other than what they are.*³⁶

Bovenstaande uitspraak omschrijft naar mijn idee duidelijk het verschil tussen belastingontwijking en belastingontduiking. Bij belastingontwijking is er, in tegenstelling tot belastingontduiking, geen sprake van het verbergen of verkeerd voorstellen van feiten. Wat betreft de begrippen fraude en misbruik is er naar mijn idee geen onderscheid te maken in definitie. In het vervolg van dit onderzoek naar antimisbruikbepalingen in belastingverdragen gebruik ik de begrippen belastingfraude, -misbruik en -ontduiking als synoniemen.³⁷ De definitie die ik aan deze begrippen verbind is het opzettelijk handelen om de vast te stellen belastingschuld te drukken. Een onopzettelijke vergissing kan niet worden aangemerkt als

³⁶ J.L. Yablon, *As Certain As Death, Quotations about taxes*, Tax Analysts 2010 Edition.

³⁷ Eerder is beschreven hoe Merks een onderscheid maakt tussen belastingontduiking en belastingfraude, hij deelt belastingfraude op in omissie- en fraudedelicten. Als ik in het vervolg van dit onderzoek spreek over fraude, misbruik of ontduiking doel ik hier echter op zowel de door Merks betitelde omissiedelicten als fraudedelicten.

belastingfraude. De antimisbruikmaatregelen die in de volgende hoofdstukken worden besproken zijn tot stand gekomen om het opzettelijk handelen van de belastingplichtige, met het doel de belastingschuld te verlagen, tegen te houden. Hierna wordt nog specifiek ingegaan op de diverse verschijningsvormen van verdragsmisbruik.

2.4 Verdragsmisbruik

Om te voorkomen dat personen, die grensoverschrijdend investeren of activiteiten ontplooiën, geraakt worden door een dubbele heffing of juist ten onrechte belastingheffing ontlopen, worden belastingverdragen gesloten.³⁸ Het eerste hoofddoel van belastingverdragen is, door middel van verdeling van de heffingsbevoegdheid, een juridisch dubbele belastingheffing wegnemen.³⁹ Bij het verdelen van de heffingsbevoegdheid wordt het doel gesteld het risico van verdragsmisbruik te minimaliseren. Daarnaast worden in belastingverdragen zaken als informatie-uitwisseling en bijstand bij invordering vastgelegd met het doel een goede administratieve samenwerking tot stand te brengen. Dit brengt mij bij het tweede hoofddoel van belastingverdragen, het in strijd met de nationale wetgeving ontgaan van belastingen voorkomen.⁴⁰ Of Nederland onderhandelingen start over een belastingverdrag met een andere staat is afhankelijk van de volgende vier factoren:

1. Interactie tussen fiscale stelsels
2. Economische betrekkingen
3. Concurrentiepositie werknemers, ondernemers en investeerders
4. Samenhang met andere economische, politieke en diplomatieke factoren.^{41, 42}

Zoals eerder is aangegeven is sinds 2009 de aandacht met betrekking tot belastingverdragen aangescherpt. In de Notie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 heeft de Staatssecretaris van Financiën aangegeven dat door verschuivingen in productieprocessen, handelsstromen en economische machtsverhoudingen die zijn opgetreden door de voortgeschreden globalisering en andere veranderingen in de wereldeconomie, een heroriëntatie op partnerlanden noodzakelijk is.⁴³

³⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

³⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁴¹ De belastingverdragen die begin jaren '90 zijn gesloten met voormalige staten van de Sovjet-Unie zijn volgens Kusters vooral om politieke redenen gesloten. Doel van het sluiten van deze belastingverdragen was het leiden van de centraal geleide planeconomie naar een markt georiënteerde samenleving.

Zie: L.F. Kusters, 'Met wie sluit Nederland belastingverdragen?', *MBB* 2011/04.

⁴² *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 8 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁴³ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 4 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011). Voor een vergelijking van de Notie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 met de notities uit 1987 en 1996/1998 zie:

In 1979 schonk *Van Bijsterveld* in zijn rapport al enige aandacht aan verdragsmisbruik.⁴⁴ Het verhuizen over de grens om zo gebruik te maken van de belastingvoordelen, in zowel Nederland als de andere staat, kan volgens *Van Bijsterveld* (nog net) op legale wijze. Het enkel op papier verhuizen is hem echter een stap te ver en wordt aangemerkt als belastingfraude. Eenzelfde soort vergelijking maakt hij voor natuurlijk personen en rechtspersonen die zakelijke activiteiten over de grens brengen. Indien de activiteiten daadwerkelijk worden verplaatst en dit is gebaseerd op zakelijke overwegingen is sprake van een legale handeling.⁴⁵ Als de verplaatsing van de activiteiten slechts een simulatie is, spreekt *Van Bijsterveld* van fraudeleus gedrag. Ook de Staatssecretaris van Financiën heeft fiscaal verdragsmisbruik gedefinieerd. In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 definieerde hij dit als het verkrijgen van verdragsvoordelen door een persoon, voor wie deze voordelen niet zijn bedoeld, door oneigenlijk gebruik te maken van de regels die zijn vastgelegd in een belastingverdrag.⁴⁶ Het voorkomen van verdragsmisbruik mag niet verward worden met het tegengaan van het ontgaan van belasting in strijd met nationale wetgeving. Zojuist is al weergegeven dat laatst genoemde juist een hoofddoel is voor het sluiten van een belastingverdrag. Verdragsmisbruik kan worden opgedeeld in drie categorieën:⁴⁷

1. Fiscaal vluchtgedrag;
2. ‘Shopping’ binnen een verdrag; en
3. ‘Treaty shopping’, een inwoner van een derde staat verschaft zich toegang tot het verdrag om op deze manier een voordeel te behalen.

Onder fiscaal vluchtgedrag wordt verstaan het emigreren van een inwoner van Nederland naar het andere verdragsland, om zo gebruik te kunnen maken van het buitenlandse fiscale stelsel in combinatie met de verdeling van de heffingsbevoegdheid zoals deze is geregeld in het belastingverdrag. Denk hierbij aan vermogende Nederlanders die in België gaan wonen of de recente ophef over Bernard Arnault, een steenrijke franse zakenman die te kennen gaf de Belgische nationaliteit aan te willen nemen.⁴⁸ Het verrichten van gekunstelde rechtshandelingen om aanspraak te maken op een verdragsvoordeel welke zonder deze handelingen minder gunstig was uitgevallen wordt geschaard onder het shoppen binnen een

A.C.G.A.C. de Graaf, ‘Notities Nederlands fiscaal verdragsbeleid, een vergelijking’, *MBB* 2011/04.

⁴⁴ Auteur onbekend, ‘Het rapport-Van Bijsterveld. Conclusies en aanbevelingen’, *WFR* 1980/473.

⁴⁵ Indien er meer dan alleen fiscale overwegingen aan een besluit ten grondslag liggen kan worden gesproken over zakelijke overwegingen.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 13 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 25 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁴⁸ ‘Franse miljardair wil belg worden’, *Het Financieele Dagblad*, 8 september 2012.

verdrag. Over de laatste categorie, ‘treaty shopping’, wordt gesproken indien een inwoner van een derde staat zich toegang verschaft tot een belastingverdrag om zo gebruik te maken van de voordelen die dit verdrag biedt. In werkelijkheid is toegang tot de verdragsvoordelen helemaal niet bedoeld voor deze persoon. Hierin zit ook het verschil in vergelijking met het ‘shoppen’ binnen een verdrag. In die categorie valt de belastingplichtige namelijk wel onder de reikwijdte van het verdrag, maar wordt gesproken van misbruik omdat de belastingplichtigen binnen dit verdrag zoeken naar het meest gunstige verdragsvoordeel.

In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid geeft de Staatssecretaris van Financiën aan dat Nederland er in verdragsonderhandelingen naar streeft een situatie te creëren waarin verdragsmisbruik niet mogelijk is. De redactie van de Vakstudie Nieuws vindt deze opmerking van de Staatssecretaris van Financiën toch opmerkelijk gezien het feit dat Nederland zich niet bereidwillig opstelt bij het opnemen van een LOB-bepaling.⁴⁹ Het streven naar een minimale mogelijkheid van verdragsmisbruik wil Nederland bereiken door bij de verdeling van de heffingsbevoegdheid rekening te houden met de specifieke kenmerken van belastingstelsels. Daarnaast is Nederland alleen bereid heffingsrechten op te geven indien hier voldoende zekerheden tegenover staan.⁵⁰

Het opnemen van antimisbruikmaatregelen is volgens *Mooij* in strijd met de gedachte van het aangaan van een belastingverdrag. Hij spreekt over het ontnemen van verdragsvoordelen in weerwil van de letterlijke verdragstekst.⁵¹ Volgens *Mooij* is het opnemen van antimisbruikmaatregelen in een belastingverdrag in strijd met art. 26 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: Verdrag van Wenen), *pacta sunt servanda*. Naar mijn idee is deze opmerking te kort door de bocht. Art. 26 Verdrag van Wenen bepaalt dat ieder in werking getreden verdrag de partijen verbindt en door hen te goeder trouw ten uitvoer moet worden gelegd. Naar mijn idee doelt de toevoeging ‘de partijen’ op de staten die het belastingverdrag sluiten. Een antimisbruikmaatregel wordt opgenomen om verdragsmisbruik door inwoners van de staten of derde staten te voorkomen. Het opnemen van een antimisbruikmaatregel vormt naar mijn idee dan ook geen inbreuk op *pacta sunt servanda*. *Mooij* nuanceert zijn stelling wel enigszins. Hij geeft aan dat verdragen te goeder trouw en naar doel en strekking moeten worden uitgelegd, en een van de basisfuncties van

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 14 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011), V-N 2011/12.4. De LOB-bepaling zal later in dit onderzoek nog uitgebreid aan bod komen.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 14 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁵¹ H. Mooij, ‘Verdragsmisbruik en het Nederlandse fiscale verdragsbeleid’, *MBB* 2011/04.

verdragstrouw is het tegengaan van misbruik. Ik ben het wel met *Mooij* eens dat het opnemen van antimisbruikmaatregelen onzekerheid schept over de toepassing van verdragsvoordelen. Daarom vind ik het belangrijk dat de antimisbruikmaatregel die wordt getroffen zo min mogelijk onzekerheid schept.

2.5 Deelconclusie

Door een blik te werpen op het belastingmoraal en belastingmisbruik in het verleden kan geconcludeerd worden dat zolang als er belastingen bestaan, er pogingen worden gedaan onder de betaling ervan uit te komen. Een eerste belangrijke uitspraak die ik nogmaals wil noemen is de uitspraak uit 1873, waar werd geoordeeld dat er een verschil is tussen belastingontwijking en belastingontduiking.⁵² Een onderscheid wat vandaag de dag nog steeds wordt gemaakt. Er wordt gesproken over belastingontduiking als de belastingplichtige feiten onjuist presenteert of zelfs verzwijgt. In het vervolg van dit onderzoek worden belastingfraude, -misbruik en ontduiking als synoniemen gebruikt.

Bilaterale belastingverdragen dienen twee hoofddoelen. Allereerst moet een belastingverdrag een eventuele juridische dubbele heffing wegnemen. Ten tweede moet het ontgaan van belastingen in strijd met de nationale wet worden voorkomen. Dit laatste mag niet worden verward met verdragsmisbruik. Verdragsmisbruik is op te splitsen in drie categorieën; fiscaal vluchtgedrag, ‘shopping’ binnen een belastingverdrag en ‘treaty shopping’. In de afgelopen jaren is meer en meer aandacht geschonken aan antimisbruikbepalingen in belastingverdragen. In de volgende hoofdstukken worden verschillende antimisbruikbepalingen uit het OESO-Modelverdrag en diverse bilaterale verdragen besproken en verder onderzocht.

⁵² United States vs. Isham, 84 U.S. 496 (1873).

Hoofdstuk 3 Treaty shopping & substance

*Treaty shopping is ultimately a threat to tax treaties in general and even to the treaty process.*⁵³ (H.D. Rosenbloom)

3.1 Inleiding

Belastingverdragen worden gesloten om te voorkomen dat personen die grensoverschrijdend investeren of activiteiten ontplooiën geconfronteerd worden met een dubbele heffing, dan wel een non-heffing.⁵⁴ In de vorige hoofdstukken heb ik drie verschillende vormen van verdragsmisbruik genoemd: fiscaal vluchtgedrag, ‘shoppen’ binnen een verdrag en ‘treaty shopping’.⁵⁵ In het vervolg van dit onderzoek zal ik mij op de laatstgenoemde variant richten.

3.2 Treaty shopping

Treaty shopping houdt in dat een inwoner van een derde staat zich toegang verschafft tot een verdragsvoordeel die niet voor de desbetreffende (rechts)persoon uit deze staat is bedoeld. Treaty shopping wordt ook wel omschreven als het gebruik, respectievelijk “misbruik” maken van diverse belastingverdragen, teneinde de belastingdruk op dividenden, interesten en royalty’s ect. zo veel mogelijk te reduceren.⁵⁶ Volgens Scharwz roept ‘treaty shopping’ een negatieve (afkeurende) associatie op, maar is er geen exacte betekenis van de term te vormen.⁵⁷ Treaty shopping kan worden onderverdeeld in (I) *direct conduit structures* en (II) *stepping stone structures*.⁵⁸ Aan de hand van onderstaand voorbeeld zal ik in dit hoofdstuk nader ingaan op het fenomeen treaty shopping, waarbij onderstaand voorbeeld ziet op een *direct conduit structure*.

Een inwoner van land A drijft handel met land C. Op basis van het bilaterale belastingverdrag tussen land A en C heft A 10% bronbelasting over bijvoorbeeld een dividend dat wordt uitgekeerd (figuur 2a). Vervolgens wordt de transactie zo opgezet dat deze loopt met tussenkomst van een inwoner van land B (figuur 2b). Nu zijn de belastingverdragen A-B en B-C van toepassing. In het verdrag A-B wordt het heffingsrecht van A verlaagd naar 0%. Ook

⁵³ H.D. Rosenbloom, 'Review: OECD Report "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies"', *Intertax* 1988, blz. 179-182 (afl. 6-7)

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 7 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 25 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

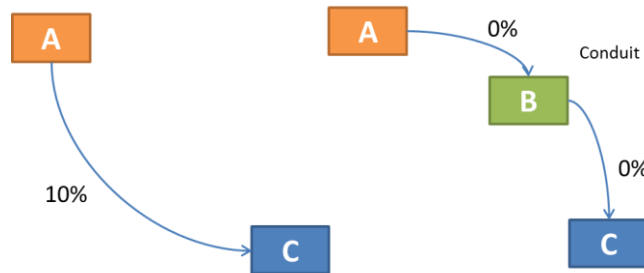
⁵⁶ Auteur onbekend, 'Access to tax treaties', *Intertax* 1989, blz. 330-377 (afl. 8-9).

⁵⁷ J. Schwarz, 'Schwarz on Tax Treaties', Londen: Kluwer 2011, blz. 306.

⁵⁸ F.J. Wurm, 'Treaty Shopping in the 1992 OECD Model Convention', *Intertax* 1992, blz. 658-671 (afl. 12).

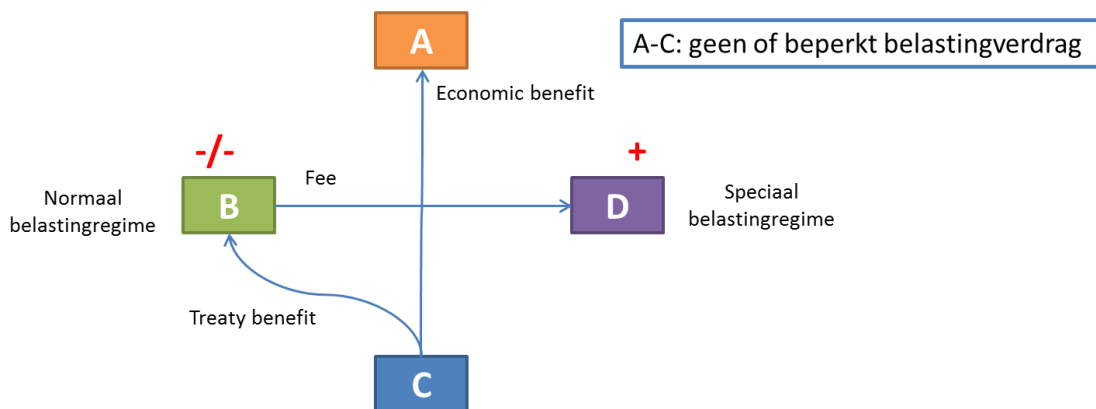
de uitkering van dividend van land B naar land C kan zonder belastingheffing verlopen op grond van het belastingverdrag B-C. Dit houdt in dat door de tussenkomst van B er uiteindelijk 0% belasting wordt betaald. In de oorspronkelijke situatie kan land A 10% belasting heffing, door de tussenkomst van B wordt het heffingrecht van land A verlaagd naar 0%. Kortom, land A loopt in vergelijking met de oorspronkelijke situatie 10% belasting mis.

Figuur 2a en 2b



Bij een *stepping stone structure* wordt in de structuur nog een extra schakel opgenomen in een jurisdictie met een bijzonder belastingstelsel (figuur 2c).⁵⁹ Ook nu wordt er gebruik gemaakt van het gunstige verdrag tussen B-C. Daarnaast wordt een voordeel behaald door B interest, een commissie, service fee of iets soortgelijks aan D te laten betalen. In een jurisdictie met een normaal tot hoog belastingtarief worden kosten geclaimd en in een jurisdictie met een laag tot 0% tarief worden de voordelen genoten. Uiteindelijk resulteert dit in een lage tot geen heffing ten aanzien van de winsten en een hoge aftrek met betrekking tot de kosten.

Figuur 2c



⁵⁹ F.J. Wurm, 'Treaty Shopping in the 1992 OECD Model Convention', *Intertax* 1992, blz. 658-671 (afl. 12).

Belastingverdragen worden mede gesloten met het doel het investeringsklimaat van een staat aantrekkelijker te maken. De Staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat er mag worden aangenomen dat ook de verdragspartners baat hebben bij een verdrag met Nederland waarin een verlaagde bronbelasting wordt gehanteerd.⁶⁰ Kortom, een belastingverdrag heeft een positief effect op het investeringsklimaat van beide staten. Daarnaast staat het de belastingplichtige vrij om zijn economische zaken en transacties zo efficiënt en gunstig mogelijk in te richten.⁶¹ Dit gezegd hebbende, kun je je afvragen of de hiervoor beschreven situatie ten aanzien van treaty shopping daadwerkelijk een probleem oplevert. Wat is er eigenlijk op tegen dat een structuur zo wordt ingericht dat land B een tarief van 0% effectueert?

Volgens *Vogel* is er een grens aan tax planning. Er kan een punt worden bereikt waar het opzetten van een structuur, met als doel een lagere belastingheffing, niet meer door de beugel kan. Dit baseert hij op feit dat het juridische systeem is ingericht op het rechtvaardigheidbeginsel. De grens kan bereikt worden wanneer transacties en structuren enkel en alleen worden opgezet met het doel te profiteren van de verdragsvoordelen die ten aanzien van de oorspronkelijke transactie nooit toepasbaar zouden zijn.⁶² Echter het is vrijwel onmogelijk een scheidslijn aan te brengen tussen goed en kwaad. Door *Kramer* aangeduid als een universele waarheid die ook tot het fiscale vakgebied is doorgedrongen.⁶³ Om nog even terug te komen op figuur 1; indien land B wordt opgenomen in de structuur waardoor gebruik kan worden gemaakt van de verdragsvoordelen van de verdragen A-B en B-C, gaat dit ten koste van de schatkist van land A. Land A kan immers niet meer 10% bronbelasting heffen ten aanzien van een transactie, bijvoorbeeld een toekomstige dividenduitkering. Dat een dergelijk eenvoudig voorbeeld al onder de noemer treaty shopping kan worden geschaard, blijkt wel uit het recente rapport van Fair Politics. Uit het in 2011 verschenen rapport komt tot uitdrukking dat ontwikkelingslanden per jaar tot wel 500 miljard dollar mislopen via

⁶⁰ Brief Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012, nr. IFZ/2012/85U, 'Uitvoering motie leden Braakhuis en Groot betreffende de 'substance'-eisen in de Nederlandse belastingwetgeving', V-N 2008/38.2.

⁶¹ K. Vogel, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Munich: Kluwer 1997, blz. 116.

⁶² K. Vogel, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Munich: Kluwer 1997, blz. 117.

⁶³ R.D. Kramer, 'Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen', *WFR* 1981/1357.

belastingparadijzen.⁶⁴ Dit is ter indicatie bijna 7x (!!)

het bedrag dat Westerse landen per jaar aan ontwikkelingssamenwerking uittrekken.⁶⁵

Ook Nederland moet wat treaty shopping betreft ‘schuld’ bekennen. Hoewel Nederland naar OESO-maatstaven niet is aan te merken als belastingparadijs, bezit Nederland wel een zeer uitgebreid verdragennetwerk. Dit verdragennetwerk resulteert in een grote geldstroom via Nederland naar het buitenland.⁶⁶ Naast dit uitgebreide verdragennetwerk, is het in Nederland ook mogelijk om de fiscale gevolgen van een transactie vooraf af te stemmen met de belastingautoriteiten. Dit gebeurt door middel van een Advanced Tax Ruling. Het grote voordeel hiervan is dat de belastingplichtige vooraf zekerheid heeft over de mogelijke fiscale consequenties van een beoogde constructie. Door deze voordelen die het Nederlandse belastingstelsel biedt komt het fenomeen briefbusfirma ook in Nederland voor. Zo hebben Nike, The Rolling Stones en de Ierse rockband U2 briefbusfirma’s in ons kikkerlandje. Door het uitgebreide Nederlandse verdragennetwerk wordt de bronbelasting die het bronland heft op dividend, interest en royalty verlaagd. Vervolgens kan de briefbusfirma deze gelden met geen of nauwelijks heffing uitkeren door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en het feit dat Nederland geen bronbelasting op interest en royalty’s kent. Momenteel is dit een hot topic, de Tweede Kamerleden Braakhuis en Groot hebben in november 2011 hierover een motie ingediend met de vraag of Nederland niet meer gewicht moet geven aan substance eisen.⁶⁷ In juni 2012 heeft de Staatssecretaris van Financiën op deze motie gereageerd. In paragraaf 3.3 wordt het begrip substance en de reactie van de Staatssecretaris nader besproken. In de bijlage van deze reactie is de Staatssecretaris ingegaan op ongewenst verdragsmisbruik. Volgens hem is het vrijwel onmogelijk om af te bakenen wanneer er nu sprake is van ongewenst gebruik. Dit is namelijk afhankelijk van de rechtssystemen in beide staten en van wat er is vastgelegd in het belastingverdrag. Hiermee sluit hij aan bij hetgeen *Kramer* ook aangaf, het is vrijwel onmogelijk een scheidslijn te

⁶⁴ Voor de definitie van belastingparadijs wordt uitgegaan van de door de OESO gevormde definitie. Voor meer informatie hierover verwijs ik U naar bijlage 1 van het onderstaand rapport of naar hoofdstuk vijf van dit onderzoek, waar ik nader ingaan op deze definitie.

Fair Politics, ‘Belastingen, Fair taxes’, juni 2011.

⁶⁵ Fair Politics, ‘Belastingen, Fair taxes’, juni 2011.

⁶⁶ Naast een breed verdragennetwerk beschikt Nederland ook over ruim 95 bilaterale investeringbeschermingsovereenkomsten. Deze overeenkomsten kunnen een doorslaggevende factor zijn bij de keuze om een belang in een (ontwikkelings)land via Nederland te houden. Gezien de omvang en hoofdvraag van mijn scriptie ga ik hier niet nader op in. Voor meer informatie verwijs ik naar de laatst aantekening van de Redactie Vakstudie Nieuws bij de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012.

Zie: Brief Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012, nr. IFZ/2012/85U, ‘Uitvoering motie leden Braakhuis en Groot betreffende de ‘substance’-eisen in de Nederlandse belastingwetgeving’, V-N 2008/38.2.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 62.

trekken tussen goed en kwaad. De Staatssecretaris van Financiën geeft aan een voorstander te zijn om het begrip misbruik te definiëren in een belastingverdrag. Vervolgens kan in het verdrag een oplossing worden geboden om misbruik te voorkomen.⁶⁸

Naast het voorgaande argument om treaty shopping een halt toe te roepen zijn er ook nog andere redenen. *Van Weeghel* noemt als reden, met een verwijzing naar het OESO Committee of Fiscal Affairs, de inadequate heffing die treaty shopping met zich mee brengt.⁶⁹ Dit zie ik zelf als een aanvulling op het voorgaande. Zoals hiervoor besproken gaat treaty shopping ten koste van de schatkist van de bronstaat. Het argument *Van Weeghel* ziet naar mijn idee meer op het object. De verdragsluitende partijen zullen veelal niet de bedoeling hebben dat objecten onbelast blijven. Indien er geen maatregelen worden getroffen treaty shopping te voorkomen bestaat er een kans dat een object onbelast blijft.

Een nadelig gevolg van treaty shopping is, volgens *Van Weeghel*, dat sommige landen geen motivatie hebben om verdragen met elkaar te sluiten. Mogelijk ziet de woonstaat van een uiteindelijk gerechtigde geen noodzaak een verdrag te sluiten met een bronstaat. Dit omdat de inwoner van de woonstaat al op een indirecte manier kan genieten van de verdragsvoordelen die de bronstaat biedt.⁷⁰ Ik vind dit zelf best ver gaan. De motivatie om een verdrag te sluiten wordt verminderd, maar of er daadwerkelijk wordt afgezien van het sluiten van een verdrag is misschien een stap te ver.

3.3 Het voorkomen van treaty shopping

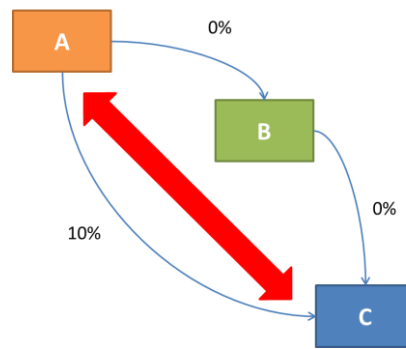
Nu is mijns inziens is aangetoond dat treaty shopping daadwerkelijk een probleem vormt rijst de vraag welke mogelijkheden er zijn om treaty shopping te voorkomen door maatregelen te treffen in belastingverdragen. Mijn eerste gedachte is dat treaty shopping voorkomen moet worden op het niveau A-C, gezien de oorspronkelijke transactie op dit niveau plaatsvindt. Deze oplossing zou dan zijn terug te vinden in het verdrag A-C (figuur 3).

⁶⁸ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Bijlage bij de brief van Staatssecretaris van Financiën (IFZ/2012/85)', *V-N* 2008/38.3.

⁶⁹ S. Van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties*, Amsterdam: Kluwer 1997, blz. 121.

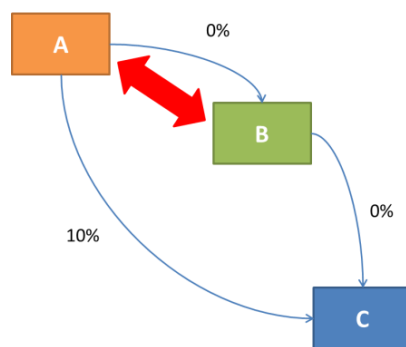
⁷⁰ S. Van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties*, Amsterdam: Kluwer 1997, blz. 122.

Figuur 3



Echter A en C kunnen niet zomaar over B heen regeren. Omdat land B in de structuur is opgenomen, is het verdrag A-C is niet rechtstreeks van toepassing. Enkel de verdragen A-B en B-C zijn van toepassing. Indien er een antimisbruikmaatregel wordt opgenomen in het verdrag A-C komt deze maatregel in bovenstaande situatie geen werking toe. Dit verklaart ook waarom antimisbruikmaatregelen, zoals een main purpose test of LOB-bepaling, doorgaans zijn gericht op het niveau A-B (figuur 4).

Figuur 4

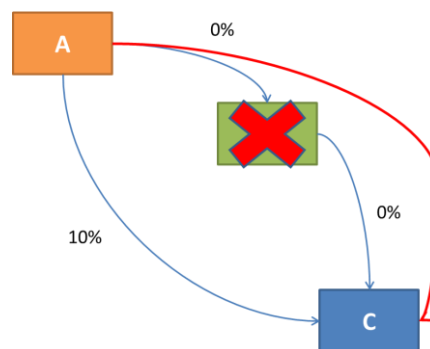


Zowel de main purpose test als de LOB-bepaling worden toegepast op het niveau A-B. Deze toetsen worden later in dit onderzoek nader toegelicht. Kort door de bocht komen deze toetsen neer op het volgende; indien land B is opgenomen in de structuur om recht te hebben op de verdragsvoordelen (die door toepassing van de verdragen A-B en B-C worden genoten) wordt de belastingplichtige de toegang tot deze voordelen ontnomen. Dit heeft tot gevolg dat het verlaagde tarief niet van toepassing is.

Ook in het commentaar bij het OESO-Modelverdrag zijn maatregelen te vinden die landen kunnen opnemen in hun belastingverdragen om treaty shopping tegen te gaan. Gezien ik mij in dit onderzoek enkel richt tot maatregelen die zijn getroffen in bilaterale verdragen die door

Nederland zijn gesloten zal ik hier slechts kort bij stil staan. In de hierna volgende hoofdstukken zullen de maatregelen die in Nederlandse verdragen zijn getroffen overigens uitvoerig worden gesproken. Een maatregel die door de OESO wordt aangedragen is de zogenaamde *look-through approach*. In het Commentaar bij het OESO-Modelverdrag is aangegeven dat er door de inwoner van land B wordt heen gekeken naar de direct of indirecte achterliggende aandeelhouders. Indien de aandeelhouders geen inwoner zijn van staat B worden verdragsvoordelen geweigerd. De look-through approach wordt gehanteerd bij doorstroomlichamen. Het OESO-Commentaar stelt voor om de bepaling op te nemen in verdragen waarbij de verdragspartner een laag belastingtarief hanteert en waar normaliter weinig substantiële zakelijke activiteiten plaatsvinden.⁷¹ Door het toepassen van de doorkijkbepaling wordt er geoordeeld op het niveau van de oorspronkelijke transactie, A-C (figuur 5).

Figuur 5



Andere voorstellen die door de OESO worden aangedragen zijn de *subject-to-tax-approach* en *channel-approach*.⁷² Bij het toepassen van de *subject-to-tax-approach* worden verdragsvoordelen in het bronland enkel toegekend indien het inkomen in de woonstaat is onderworpen aan belastingheffing. Zoals in het Commentaar is aangegeven correspondeert dit met het doel van een belastingverdrag, namelijk het voorkomen van een dubbele belasting.⁷³ De *channel-approach* richt zich met name tegen de *stepping stone structures*. De benadering houdt in dat geldstromen worden gevolgd door onderlinge overeenkomsten tegen het licht te houden. Indien blijkt dat de structuur en de overeenkomsten zo zijn opgezet om toegang te krijgen tot verdragsvoordelen worden deze voordelen geweigerd.

⁷¹ OESO-Commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag, paragraaf D2, punt 13 en 14.

⁷² Voor meer informatie over deze verschillende voorstellen van de OESO, zie:

F.J. Wurm, 'Treaty Shopping in the 1992 OECD Model Convention', *Intertax* 1992, blz. 658-671 (afl. 12).

⁷³ OESO-Commentaar bij art. 1 OESO-Modelverdrag, paragraaf D2, punt 15.

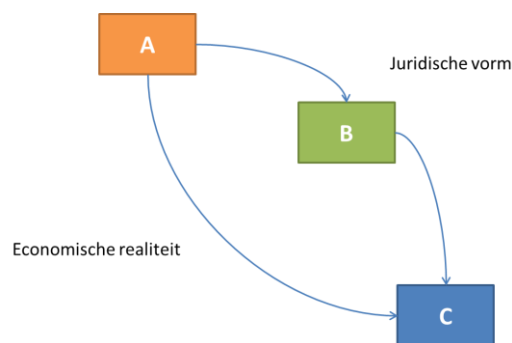
Schwarz merkt op dat belastingverdragen historisch beschouwd zien op het voorkomen van juridisch dubbele belasting en het uitwisselen van informatie om zo belastingontwijking te verminderen. Momenteel is, betreft antimisbruik, de aandacht aan het verschuiven van de nationale wetgeving naar de internationale wet- en regelgeving, die is vastgelegd in de belastingverdragen.⁷⁴

3.4 Substance

Het begrip substance is niet als zodanig terug te vinden in belastingverdragen of in de Nederlandse wet- en regelgeving. Uit het spraakgebruik volgt dat onder substance moet worden verstaan de herkenbaarheid van een lichaam door het bezit van en gebruik van materiële activa en door de functies die natuurlijke personen voor rekening en risico van dat lichaam vervullen.⁷⁵

Zoals uit de voorgaande paragraaf blijkt is substance van groot belang. Al in 1935 is er door the United States Supreme Court een uitspraak gedaan waarin een zakelijke transactie niet werd herkend wegens gebrek aan zakelijke redenen ('reasonable business purpose').⁷⁶ Hiermee startte de ontwikkeling van het 'substance over form' principe binnen de Anglo-Amerikaanse rechtspraak.^{77, 78} Substance over form houdt in dat de economische realiteit boven de juridische vorm gaat (figuur 6).⁷⁹

Figuur 6



⁷⁴ J. Schwarz, *Schwarz on Tax Treaties*, Londen: Kluwer 2011, blz. 303.

⁷⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Bijlage bij de brief van Staatssecretaris van Financiën (IFZ/2012/85)', V-N 2008/38.3.

⁷⁶ U.S. Supreme Court, *Gregory vs. Helvering*, (293 U.S. 465, 469 (1935)).

⁷⁷ K. Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Munich: Kluwer 1997, blz. 117.

⁷⁸ 'Anglo-American case law' is het rechtssysteem dat in diverse landen wordt gehanteerd en is afgeleid van het Engelse 'common law'.

⁷⁹ Mededeling Commissie van de Europese Gemeenschappen, 'Antimisbruikmaatregelen op het gebied van directe belastingen – toepassing in de EU en ten aanzien van derde landen', Brussel 10 december 2007, COM(2007) 785.

Substance is een fenomeen wat in Nederland in de belangstelling staat. De motie die de Tweede Kamerleden Braakhuis en Groot hebben ingediend betreft de substance eisen in de Nederlandse belastingwetgeving werd aangenomen.⁸⁰ Braakhuis en Groot konden zich niet helemaal vinden in het feit dat naast de Rolling Stones en U2, zo'n 13.000 doelvennootschappen via brievenbusfirma's geld door Nederland sluizen. Eind juni jl. heeft de Staatssecretaris van Financiën uitgebreid gereageerd op de motie.⁸¹ Volgens de Staatssecretaris van Financiën doet het beleid van Nederland ten aanzien van substance niet onder voor het beleid dat in andere wordt gehanteerd. Bij zijn brief, waarin hij zijn standpunt verwoord, is een bijlage opgenomen met daarin de onderdelen van de Nederlandse wet- en regelgeving die kunnen worden aangemerkt als substance-eisen en een begrippenkader.⁸²

De Staatssecretaris van Financiën komt tot de conclusie dat enige terughoudendheid geboden is met het invoeren van een onderscheid tussen het oprichten en bestaan van een vennootschap en de substance ervan. Indien dit onderscheid wordt gemaakt, roept dit vragen op als wat moet er gebeuren indien één concernvennootschap op zichzelf onvoldoende substance heeft, terwijl het gehele concern voldoende substance in Nederland heeft. Daarnaast moeten worden ingezien dat ook een vennootschap met voldoende substance misbruik kan maken van een verdrag.⁸³ Of een Nederlandse ontvanger recht heeft op een verlaagd tarief ten aanzien van buitenlandse inkomensstromen dient getoetst te worden door het bronland. De Staatssecretaris geeft aan dat Nederland altijd bereid is om informatie uit te wisselen, maar dat hij geen reden ziet om op het vlak van substance eenzijdig andere maatregelen te treffen.⁸⁴

Aan de hand van de bovenstaande analyse ben ik tot de conclusie gekomen dat er sprake moet zijn van enige substance in land B wil de situatie zoals geschetst goed uitwerken. Kortom, in land B moet het lichaam worden herkend, dit wordt getoetst aan bijvoorbeeld het bezit en gebruik van materiële activa en door de functies die natuurlijke personen voor rekening en risico van dat lichaam vervullen.⁸⁵ Indien er onvoldoende substance is, is er geen sprake van

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 62, *V-N* 2011/61.10.

⁸¹ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Inleiding', *V-N* 2008/38.1.

⁸² Redactie Vakstudie Nieuws, 'Bijlage bij de brief van Staatssecretaris van Financiën (IFZ/2012/85)', *V-N* 2008/38.3.

⁸³ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Bijlage bij de brief van Staatssecretaris van Financiën (IFZ/2012/85)', *V-N* 2008/38.3.

⁸⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012, nr. IFZ/2012/85U, 'Uitvoering motie leden Braakhuis en Groot betreffende de 'substance'-eisen in de Nederlandse belastingwetgeving', *V-N* 2008/38.2.

⁸⁵ Substance-eisen kunnen verschillen per land. Of een lichaam voldoende substance heeft, wordt getoetst aan de wetgeving van het desbetreffende land.

een inwoner van de desbetreffende staat. Hierdoor bestaat er geen toegang tot het belastingverdrag. Substance is zowel van belang voor de main purpose test als de limitation-on-benefits bepaling. Beide antimisbruikmaatregelen worden later in dit onderzoek uitvoerig toegelicht.

3.5 Deelconclusie

Indien een inwoner van een derde staat zich toegang verschafft tot een verdrag wat niet voor deze persoon is bedoeld is sprake van treaty shopping. Treaty shopping kan worden onderverdeeld in (I) *direct conduit structures* en (II) *stepping stone structures*. In eerste instantie lijkt treaty shopping niet schadelijk. Het staat de belastingplichtige immers vrij zijn fiscale structuur te optimaliseren. Echter er wordt een grens bereikt indien een structuur enkel en alleen zo is ingericht om recht te krijgen op de verdragsvoordelen. Oftewel een fiscale structuur moet passen binnen het juridische systeem. Een systeem dat is gebaseerd op rechtvaardigheid. Naar mijn idee moet een goede antimisbruikmaatregel een onderscheid maken tussen ‘good’ en ‘bad’ treaty shopping. Het moge duidelijk zijn dat ik mij in het vervolg van het onderzoek richt op de maatregelen die zijn getroffen om ‘bad’ treaty shopping tegen te gaan.⁸⁶

Wie er maatregelen moeten treffen om treaty shopping te voorkomen? Mijn eerste gedachte gaat uit naar de landen die in de oorspronkelijke transactie / structuur zijn betrokken (niveau A-C). Echter gezien er een ‘tussenschakel’ (land B) in de structuur is opgenomen moeten maatregelen tegen treaty shopping worden getroffen op het niveau van het land dat opbrengsten misloopt en het land van de ‘tussenschakel’ (niveau A-B). Er kan immers niet zomaar over de ‘tussenschakel’ heen worden geregeerd. Voorbeelden van maatregelen die in bilaterale verdragen op het niveau A-B worden getroffen zijn de main purpose test en de LOB-bepaling. Beide maatregelen worden later in dit onderzoek nader toegelicht.

Naast de antimisbruikmaatregelen die in verdragen worden getroffen, kan een land substance eisen stellen. Dit houdt in dat een lichaam moet worden herkend door bijvoorbeeld het bezit en gebruik van materiële activa en door de functies die natuurlijke personen voor rekening en risico van dat lichaam vervullen. Indien een ‘tussenschakel’ weinig substance bevat kan het zo zijn dat er geen (h)erkenning van het lichaam plaatsvindt. Dit heeft tot gevolg dat er geen

⁸⁶ Wanneer ik in het vervolg spreek over treaty shopping mag worden aangenomen dat ik doel op transacties en handelingen die de redelijkheid te buiten gaan.

sprake is van een inwoner van de desbetreffende staat en zodoende is er geen toegang tot het verdrag.

Hoofdstuk 4 Antimisbruikbepalingen in het OESO-Modelverdrag

4.1 Inleiding

Diverse organisaties hebben getracht de verschillende nationale opvattingen betreft het internationaal belastingrecht te bundelen in een modelverdrag.⁸⁷ Zo bracht het Fiscale Comité van de Verenigde Naties in 1980 het ‘United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries’ uit. Zoals de naam al aangeeft speelt het gedachtegoed van ontwikkelingslanden hierbij een belangrijke rol.⁸⁸ Het meest aangehouden modelverdrag is echter afkomstig van de OESO. Het OESO-Modelverdrag is in 1963 tot stand gekomen en is in latere jaren meermaals herzien.⁸⁹ Het OESO-Modelverdrag vormt veelal de basis voor de bilaterale belastingverdragen van de bij de OESO aangesloten lidstaten.⁹⁰

De OESO is opgericht in 1947 en droeg tot 1961 de naam OEES.⁹¹ Vanaf het moment van oprichting is er een ‘Fiscal Committee’ ingesteld dat aan de hand van de bestaande belastingverdragen en modelverdragen heeft gewerkt aan een modelverdrag wat een oplossing biedt voor de bestaande verschillende opvattingen betreft het internationaal belastingrecht.⁹² Van iedere OESO-lidstaat nam de directeur-generaal van het Ministerie van Financiën plaats in het ‘Fiscal Committee’. Gedurende een aantal jaren heeft dit comité onder leiding gestaan van de Nederlandse prof. dr. A.J. van den Tempel. Diverse werkgroepen werden ingesteld met het doel convergentie van de verschillende nationale opvattingen betreft het internationaal belastingrecht. Dit doel moest bereikt worden door iedere werkgroep een onderwerp toe te bedelen en de lidstaten met de meest uiteenlopende opvattingen plaats te laten nemen in de desbetreffende werkgroep.⁹³

⁸⁷ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2011, blz. 181.

⁸⁸ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 79.

⁸⁹ Nederland maakt nauwelijks gebruik van het door de Venigde Naties ontwikkelde modelverdrag, daarentegen wordt veelvuldig gebruik gemaakt van het OESO-Modelverdrag.

⁹⁰ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 75.

⁹¹ OEEC staat voor Organisation for European Economic Cooperation / Organisatie voor Europese Economische Samenwerking (OEES). Voor meer informatie over de oprichting van OESO zie:

<http://www.oecd.org/about/history/>.

⁹² In 1971 is het Fiscal Committee opgevolgd door het Committee on Fiscal Affairs.

⁹³ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2011, blz. 181.

Het OESO-Modelverdrag heeft geen officiële status, of enige directe werking. Het is slechts een model, dat staten kunnen volgen, of slechts bepaalde elementen hieruit kunnen volgen. De mogelijkheid bestaat om ‘reservations’ en ‘observations’ te maken. Dit houdt in dat de betreffende lidstaat een voorbehoud maakt bij een artikel in het OESO-Modelverdrag of een kanttekening toevoegt aan het OESO-Commentaar.

In 1987 publiceerde Nederland het Nederlands Standaardverdrag. Het verdrag was toen gevoegd bij de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid. In de aanbiedingsbrief van de Staatssecretaris van Financiën bij de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 schrijft hij dat de relevantie van het Nederlands Standaardverdrag vandaag de dag zeer beperkt is.⁹⁴ Het uitgangspunt voor Nederland bij verdragsonderhandelingen vormt het OESO-Modelverdrag. Dit feit, gecombineerd met de opvatting dat Nederland streeft naar maatwerk, leidt volgens de Staatssecretaris tot een beperkt draagvlak voor een separaat Nederlands Standaardverdrag.⁹⁵ *Brandsma* is van mening dat de bewindsman er goed aan doet een nieuw Nederlands standaardverdrag op te stellen.⁹⁶ Dit leidt volgens *Brandsma* tot opheldering, punten waarop Nederland altijd afwijkt van het OESO-Modelverdrag kunnen hierin expliciet worden vermeld. Ik begrijp het standpunt van *Brandsma*, echter Nederland heeft, zoals hiervoor vermeld, de mogelijkheid om reservations en observations te plaatsen bij het OESO-Modelverdrag, op die manier kunnen Nederlandse afwijkingen naar mijn idee voldoende kenbaar worden gemaakt.⁹⁷ Daarnaast zorgt ook de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid voor opheldering betreft het standpunt van Nederland bij verdragsonderhandelingen.

Gezien het OESO-Modelverdrag voor vele landen het uitgangspunt vormt bij verdragsonderhandelingen neem ik dit verdrag ook als startpunt voor mijn onderzoek. In dit hoofdstuk begin ik met het uitwerken van het begrip uiteindelijke gerechtigde. Dit begrip is terug te vinden in vrijwel ieder belastingverdrag en is opgenomen met het doel tegengaan van belastingontduiking. Het begrip komt voor in de artikelen 10, 11 en 12 OESO-Modelverdrag,

⁹⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 februari 2011, nr. IFZ2011/100 M2, V-N 2011/12.3.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 25 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

⁹⁶ R.P.C.W.M. Brandsma, ‘Toewijzingen van heffingsrechten inzake vermogenswinsten volgens het nieuwe Nederlandse verdragsbeleid’, *MBB* 2011/04.

⁹⁷ Zo geeft Brandsma in zijn artikel zelf al aan dat Nederland bijvoorbeeld een reservation maakt in het OESO-Commentaar punt 51 ten aanzien van art. 13 lid 4 OESO-Modelverdrag. Nederland geeft hier aan dit lid niet te incorporeren in de belastingverdragen. Het lijkt mij dat Brandsma door het maken van deze opmerking zelf al aangeeft dat het vrij duidelijk is welke uitzonderingen op het OESO-Modelverdrag Nederland zich voorhoudt. Zie: R.P.C.W.M. Brandsma, ‘Toewijzingen van heffingsrechten inzake vermogenswinsten volgens het nieuwe Nederlandse verdragsbeleid’, *MBB* 2011/04.

welke betrekking hebben op respectievelijk dividenden, interesten en royalty's. Vervolgens zal ik (minder gedetailleerd) ingaan op het uitwisselen van informatie en het verlenen van bijstand bij de invordering van belastingen. De regelingen hieromtrent zijn terug te vinden in art. 26 en 27 OESO-Modelverdrag. Naast deze bepalingen zijn er ook nog een aantal wetten en richtlijnen met betrekking tot informatie uitwisseling en het verlenen van bijstand. Ook deze zullen kort de revue passeren.

4.2 Beneficial ownership

4.2.1 Back to basic

Een moedervennootschap is gevestigd in staat A en heeft een dochtervennootschap in staat B. Op het moment dat de dochtervennootschap een dividend, interest of royalty uitkeert aan de moedervennootschap mag de woonstaat van de kapitaalexporterende vennootschap (staat A) heffen. Daarnaast is ook de bronstaat (staat B) gerechtigd tot het inhouden van een bronbelasting. Het belastingverdrag tussen staat A en B maximeert het percentage bronbelasting wat staat B mag inhouden. Nu heeft de moedervennootschap de keuze om haar dochtervennootschap te houden met tussenkomst van een tussenhoudstervennootschap in staat C. Staat C heeft een zeer gunstig verdragennetwerk. Deze structuur resulteert in een lager bronbelastingtarief dan hetgeen wordt geheven zonder tussenkomst van de vennootschap in staat C. Gezien de moedervennootschap nog steeds het dividend, interest of de royalty wil ontvangen, zal de vennootschap in staat C na ontvangst van de gelden, deze moeten afdragen aan de moedervennootschap in lidstaat A. In deze situatie verschaft de moedervennootschap in staat A zich, met behulp van een tussenhoudstervennootschap, toegang tot de voordelen van het verdrag tussen B en C.

Zoals aangegeven worden belastingverdragen gesloten om te voorkomen dat personen die grensoverschrijdend investeren of activiteiten ontplooiën geconfronteerd worden met een dubbele heffing of ten onrechte belastingheffing ontlopen.⁹⁸ In de hiervoor omschreven situatie is er sprake van treaty shopping. Waar in de oorspronkelijke situatie het verdrag tussen staat A en B van toepassing is, wordt nu op een kunstmatige manier gebruik gemaakt van het verdrag van staat C en staat B en het verdrag van staat C en staat A. De hoogte van de bronbelasting die staat B maximaal mag inhouden wordt hierdoor verlaagd. Gesteld kan worden dat hier ten onrechte belastingheffing wordt ontlopen gezien de vennootschap in staat

⁹⁸ *Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 7* (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

C enkel dient om een verlaging van bronheffing te realiseren. Om deze situatie in de kiem te smoren werd de zoektocht gestart naar de juiste antimisbruikmaatregel. *Schwarz* vermeldt dat de OESO de voorkeur gaf aan een subject-to-tax clause, om te toetsen of er recht is op toegang tot de verdragsvoordelen.⁹⁹ Gezien de subject-to-tax benadering zou leiden tot verschillende allocatie vraagstukken, is er gekozen voor de invoering van de beneficial ownership bepaling. Tot de invoering van het begrip in 1977 bevatte het OESO-Modelverdrag geen bepaling ten aanzien van de uiteindelijk gerechtigde. Nadat het begrip in 1977 werd geïntroduceerd in het OESO-Modelverdrag, volgden er vele andere verdragen.¹⁰⁰

Ter zake van dividenden, interesten en royalty's kunnen er twee zienswijzen worden aangehouden: de bronstaat kan een exclusief heffingsrecht verlangen en het kapitaalexporterend land kan het exclusieve heffingsrecht opeisen.¹⁰¹ In de belastingverdragen tussen geïndustrialiseerde landen wordt nu veelal een verdeling gemaakt. De heffingsbevoegdheid ter zake van dividenden, interesten en royalty's wordt aan de woonstaat, de kapitaalexporterende staat, toegewezen op basis van het eerste lid. Daarnaast heeft de bronstaat het recht een bronbelasting te heffen. Het heffingsrecht van de bronstaat wordt echter beperkt indien de ontvanger van de dividenden wordt aangemerkt als de uiteindelijke gerechtigde.¹⁰² Deze algemene gang van zaken is terug te vinden in art. 10 (dividenden), 11 (interest) en 12 (royalty's) van het OESO-Modelverdrag. *Van Raad* omschrijft de werking van het begrip uiteindelijk gerechtigde als een accentverlegging die voortvloeit uit de wens om inwoners van derde staten, die via een intermediair willen genieten van verdragsvoordelen, uit te sluiten voor verdragstoepassing.¹⁰³ Kortom, de opname van het begrip 'uiteindelijk gerechtigde' in belastingverdragen ziet op het voorkomen van misbruik in de vorm van 'treaty shopping'.

Ondanks het veelvuldig gebruik van het begrip in belastingverdragen ontbreekt de definitie hiervan in het OESO-Modelverdrag en het bijbehorend Commentaar. De vraag rijst wanneer

⁹⁹ J. Schwarz, *Schwarz on Tax Treaties*, Londen: Kluwer 2011, blz. 310.

¹⁰⁰ J. Schwarz, *Schwarz on Tax Treaties*, Londen: Kluwer 2011, blz. 309.

¹⁰¹ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2011, blz. 293.

¹⁰² Ontwikkelingslanden zijn veelal minder bereid het bronbelastingtarief te verlagen gezien er nauwelijks kapitaalopbrengsten in deze staten binnenkomen. Een tegenovergestelde tendens is waar te nemen binnen de Europese Unie waar kapitaalopbrengsten vrij van bronbelastingen grensoverschrijdend worden genoten op basis van de Moeder-dochterrichtlijn.

Zie: C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2011, blz. 293.

¹⁰³ C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2011, blz. 297.

een belastingplichtige wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde en hoe het begrip nu daadwerkelijk gedefinieerd moet worden.¹⁰⁴

4.2.2 De uiteindelijk gerechtigde in de Nederlandse nationale wetgeving

In de Nederlandse nationale wetgeving wordt het begrip uiteindelijk gerechtigde (*'beneficial ownership'*) niet expliciet in positieve zin genoemd. Tot in 2001 was het begrip slechts terug te vinden in de jurisprudentie, zoals in het Market Maker arrest.¹⁰⁵

Belanghebbende is een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap en is opgericht naar Engels recht. Zoals de naam van het arrest al doet vermoeden staat belanghebbende geregistreerd als 'market maker' voor onder andere aandelen Koninklijke Olie, belanghebbende oefent het bedrijf van effectenmakelaar uit.¹⁰⁶ In 1985 heeft belanghebbende aandelen Koninklijke Olie gekocht van een Luxemburgse vennootschap voor een prijs van ongeveer 80% van de bruto nominale waarde. Op het moment van de koop waren dividenden op deze aandelen wel gedeclareerd, echter nog niet betaalbaar gesteld.¹⁰⁷ Op een later moment, na het betaalbaar stellen, heeft belanghebbende de dividenden geïnd, verminderd met 25% Nederlandse dividendbelasting. Belanghebbende verzoekt om een teruggaaf van 10% dividendbelasting op basis van het verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk. De inspecteur heeft dit verzoek echter afgewezen. Het Hof sloot zich aan bij het standpunt van de inspecteur, belanghebbende kon niet worden aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde ten aanzien van de dividenden, zij kocht slechts vorderingen uit dividenduitkeringen die geheel vast stonden en binnen enkele dagen uitgekeerd zouden worden. De Hoge Raad oordeelde echter dat belanghebbende wel de uiteindelijk gerechtigde is ten aanzien van de dividenden. Na de koopactie is belanghebbende de eigenaar van de dividenden, (I) zij kan hier vrijelijk over beschikken, (II) zij kan na inwisseling vrijelijk over de dividenden beschikken en (III) zij trad bij het inwisselen van de bewijzen niet op als zaakwaarnemer of lasthebber. De Hoge Raad oordeelde dat op het moment van het ter beschikking stellen van het dividend getoetst moet worden of er sprake is van een uiteindelijk gerechtigde voor toepassing van het verdrag.

¹⁰⁴ *Munting* pleit ervoor te spreken van opbrengstgerechtigde in plaats van uiteindelijk gerechtigde. Zijn gedachte hierbij is dat het begrip uiteindelijk gerechtigde letterlijk doelt op de degene die uiteindelijk gerechtigd is tot de opbrengst nadat een of meerdere rechtstreekse gerechtigden zijn genegeerd.

Zie : W.R. Munting, 'Beneficial ownership: handle with care', *WFR* 2012/ 1064.

¹⁰⁵ HR 6 april 1994, nr. 28 638, *BNB* 1994/217c*.

¹⁰⁶ HR 6 april 1994, nr. 28 638, *BNB* 1994/217c*, r.o. 3.1.1.

¹⁰⁷ Van declareren wordt gesproken als door middel van een dividendbesluit is besloten dat er een dividenduitkering gaat plaatsvinden. Van betaalbaar stellen wordt gesproken indien het dividend daadwerkelijk wordt uitgekeerd.

Uit het Market Maker arrest kan worden opgemaakt dat de dividendgenieter ook kan worden aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde indien zij niet de eigenaar is van de onderliggende aandelen.¹⁰⁸

Later, in 2001, is er opnieuw een belangrijk arrest geweest wat de aanleiding gaf tot het aanpassen van de nationale regelgeving. Ook in dit arrest was de belanghebbende een market maker, dit maal op de Amsterdamse Optiebeurs.¹⁰⁹ Vlak voor een dividendvaststelling kocht belanghebbende putopties en een gelijk aantal aandelen. Na de dividenddeclaratie heeft belanghebbende haar aandelen weer verkocht met behulp van de putopties. De inspecteur stelde zich op het standpunt dat het voor belanghebbende duidelijk moet zijn geweest dat deze transactie was opgezet door buitenlandse aandeelhouders met het doel dividendstripping.¹¹⁰ Door mee te werken aan deze belastingverrijdeling, kon volgens de inspecteur worden gesteld, dat belanghebbende zelf ook het motief had om heffing van dividendbelasting te ontgaan. Op basis van het voorgaande weigerde de inspecteur de verrekening van ingehouden dividendbelasting. De Hoge Raad oordeelde dat de bereidheid die belanghebbende had om mee te werken aan de transactie geen aanleiding gaf te veronderstellen dat verrijdeling van dividendbelasting de doorslaggevende beweegreden is geweest.

Na de uitspraken van de Hoge Raad in 1994 en 2001 kondigde de Nederlandse overheid aan wettelijke maatregelen te willen treffen om dividendstripping tegen te gaan. Sinds 2001 is het begrip uiteindelijk gerechtigde dan ook terug te vinden in de nationale wetgeving. Echter gaat het hier wel om een negatieve formulering van het begrip. De per 27 april 2001 in werking getreden wetgeving omschrijft wanneer de ontvanger van de dividenden *niet* is aan te merken als de uiteindelijk gerechtigde. De negatieve formulering van het begrip uiteindelijk gerechtigde is te vinden in:

- Art. 4 lid 7 van de Wet op de Dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965)
- Art. 25 lid 2 van de Wet op de Venootschapbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969)

¹⁰⁸ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 205.

¹⁰⁹ HR 21 februari 2001, nr. 35 415, *BNB* 2001/196.

¹¹⁰ Volgens de Staatssecretaris van Financiën is sprake van dividendstripping als een (buitenlandse) aandeelhouder met behoud van het economisch belang bij de aandelen, de dividendbelasting ontgaat door het recht op dividend over te dragen aan een persoon die een gunstiger recht heeft op verrekening, teruggaaf of vermindering van dividendbelasting dan de oorspronkelijke aandeelhouder of aan een rechtspersoon ten aanzien van wie inhouding van dividendbelasting achterwege mag blijven, terwijl dit ten aanzien van de oorspronkelijke aandeelhouder niet het geval is.
Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 27 896, nr. 3, blz. 2.

- Art. 9 lid 2 Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001)
- Art. 16 van het Besluit ter Voorkoming van Dubbele Belasting (hierna: BvdB 2001)

In essentie komt het erop neer dat de belastingplichtige niet de uiteindelijk gerechtigde is tot een dividend als een ander in wezen het dividend geniet en wiens aandelenpositie voor en na de transactie in wezen niet is veranderd.¹¹¹ Met de wijzigingen in de nationale wetgeving wilde de Nederlandse overheid de volgende situaties in de kiem smoren:

1. Een buitenlandse aandeelhouder heeft een belang in een in Nederland gevestigde vennootschap en houdt dit belang via een Nederlandse entiteit om zo gebruik te maken van een gunstiger tarief / creditering van de Nederlandse dividendbelasting.
2. Een buitenlandse aandeelhouder heeft een belang in een in Nederland gevestigde vennootschap en brengt dit belang over naar een buitenlandse entiteit die op basis van het verdrag met Nederland recht heeft op toepassing van een gunstiger tarief (treaty shopping).¹¹²

De Staatssecretaris van Financiën meent dat de negatieve nationale omschrijving van het begrip uiteindelijk gerechtigde doorwerkt naar Nederlandse belastingverdragen via art. 3 lid 2 OESO conforme verdragsbepalingen.¹¹³ Volgens hem verzetten noch de tekst, noch de context, en noch de verplichtingen en de goede trouw jegens verdragspartners zich tegen een doorwerking van de nationale aanscherping van het begrip uiteindelijk gerechtigde naar belastingverdragen.¹¹⁴ Daarnaast ben ik het met hem eens dat de gedachte achter implementatie van het begrip in de nationale wetgeving overeenkomt met doelstelling van opname van het begrip in belastingverdragen, namelijk het tegengaan fiscaal geïndiceerde transacties zonder reële economische substance.¹¹⁵ Wel sluit ik mij aan bij het standpunt van *Brandsma* dat het niet geheel duidelijk in hoeverre er nu kan worden gesproken over een definitie van het begrip uiteindelijk gerechtigde in de nationale wetgeving, omdat zoals juist is aangegeven het gaat om een negatieve formulering.¹¹⁶ Of de wijzigingen in de nationale

¹¹¹ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 206.

¹¹² *Kamerstukken II* 2001/02, 27 896, nr. 3, blz. 2.

¹¹³ Art. 3 OESO-Modelverdrag bepaalt dat indien de omschrijving van een uitdrukking in een belastingverdrag ontbreekt er voor de uitleg van de betreffende uitdrukking wordt aangesloten bij de nationale (belasting)wetgeving van de staat die het belastingverdrag toepast, tenzij de context anders vereist. Zie: *Kamerstukken I* 2001/02, 27 896, nr. 117b, blz. 4.

¹¹⁴ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 896, nr. 117b, blz. 5.

¹¹⁵ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 896, nr. 117b, blz. 6.

¹¹⁶ R.P.C.W.M. Brandsma, 'De (witte?) vlag uit?: eindelijk een uiteindelijk gerechtigde!', *FED* 2002/65.

wetgeving ook doorwerken naar verdragen waarin het beneficial ownership niet tot uitdrukking komt is twijfelachtig. De Staatssecretaris van Financiën neemt het standpunt in dat de wijzigingen in de nationale wetgeving met betrekking tot de uiteindelijke gerechtigde worden overgenomen bij de uitleg van verdragen, ook als het verdrag geen uiteindelijk gerechtigde bepaling kent.¹¹⁷ Volgens de Staatssecretaris is dit standpunt niet nieuw, van oudsher dient de verzoeker van de gehele/gedeeltelijke vrijstelling of teruggaaf van Nederlandse dividendbelasting te verklaren dat hij op de datum van betaalbaarstelling de uiteindelijk gerechtigde is, was of zal zijn.¹¹⁸ Pijl is van mening dat de doorwerking niet mogelijk is naar verdragen waarin het begrip uiteindelijk gerechtigde niet is opgenomen.¹¹⁹

120

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel plaatst de Staatssecretaris tevens de opmerking dat met het onderhavige wetsvoorstel het begrip uiteindelijk gerechtigde op een meer economische wijze wordt ingevuld en van een zwaardere wettelijke basis wordt voorzien.¹²¹

4.2.3 Internationale jurisprudentie

Zoals hierboven is geschreven ontbreekt de definitie van het begrip uiteindelijk gerechtigde in het OESO-Modelverdrag en het bijbehorend Commentaar. Voor de uitleg van het begrip wordt daarom gekeken naar de definitie die de betreffende staten aan het begrip toekennen. Dit betekent dat de uitleg in de nationale wetgeving beslissend is bij de vraag of sprake is van een uiteindelijk gerechtigde. De definitie die de bronstaat aanhangt is hier doorslaggevend. Ook in internationaal perspectief zijn er verschillende uitspraken te noemen met betrekking tot de uiteindelijk gerechtigde.¹²² Allereerst Indofood een arrest gewezen door het Britse

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 27 896, nr. 3, blz. 3.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 27 896, nr. 5, blz. 3.

¹¹⁹ H. Pijl, 'De verre uiteindelijk gerechtigde en beneficial owner in verdragen', *WFR* 2003-621.

¹²⁰ Zie voor een uitgebreide analyse over de impact van wijzigingen in nationale definities naar verdragen: Conclusie A-G Wattel van 11 december 2002, nr. 37 011, *V-N* 2003/5.5.

¹²¹ *Kamerstukken I* 2001/02, 27 896, nr. 117b, blz. 5.

¹²² *Li* merkt op dat de arresten *Bank of Scotland* en *Real Madrid*, in tegenstelling tot *Indofood*, *Prevost* en *Velcro*, slechts van beperkte toegevoegde waarde zijn gezien de korte toelichting bij deze arresten. Zij ziet dit als een gevolg van het feit dat de arresten *Bank of Scotland* en *Real Madrid* zijn geschreven vanuit een civil law perspectief.

Zie: J. Li, "'Beneficial Ownership' in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case of Clarity (draft)", Conference in Honor of John Avery Jones 22nd and 23rd April 2010. Osgoode Hall Law School of York University, Canada.

Supreme Court.¹²³ In casu is besloten dat de nieuw opgerichte Nederlandse vennootschap niet kon worden aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde ten aanzien van de ontvangen interesten. Het volgende was het geval; een Indonesische vennootschap, PT Indofood Sukses Makmur TBK, heeft naar het recht van Mauritius een vennootschap opgericht ter bevordering van de financieringsstructuur, Mauritius kent namelijk geen bronheffing op interest en op basis van het verdrag Indonesië – Malta mag Indonesië slechts 10% bronbelasting heffen.¹²⁴ Enkele jaren na het opzetten van de structuur zegt Indonesië het verdrag met Mauritius op. Als gevolg hiervan wil Indofood de lening die zij heeft bij de vennootschap in Mauritius per direct aflossen. De trustee, JP Morgan Chase Bank, vertegenwoordigt de belangen van de obligatiehouders en gaat niet akkoord met de aflossing. Voor de obligatiehouders is het namelijk van belang dat de lening niet wordt afgelost, gezien zij dan een goed renderende lening verliezen. In de leningsovereenkomst was de voorwaarde opgenomen dat vervroegde aflossing mogelijk was indien er sprake was van een verandering met betrekking tot de te betalen belasting of de toepassing van het verdrag. De trustee is wel bereid in te stemmen met een verplaatsing van de feitelijke leiding van de vennootschap naar Nederland of de financieringsvennootschap te vervangen door een Nederlandse vennootschap. Op grond van het verdrag met Nederland is het percentage bronbelasting wat Indonesië mag heffen gelimiteerd tot 10% indien de ontvanger van de rente wordt aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. Deze structuurwijziging legt Indofood voor aan de Indonesische belastingautoriteiten. De belastingautoriteiten stellen dat de nieuw op te richten Nederlandse vennootschap niet is aan te merken als de uiteindelijk gerechtigde. De trustee neemt geen genoegen met dit oordeel en start de gang naar de rechter. Het Britse Supreme Court oordeelt uiteindelijk dat, naar de mening van de belastingautoriteiten, de Nederlandse financieringsvennootschap niet de uiteindelijk gerechtigde is ten aanzien van de interesten afkomstig van Indofood, gezien de vennootschap de verplichting had om deze interesten direct door te betalen aan haar aandeelhouder.¹²⁵ Dit heeft tot gevolg dat het bronbelastingpercentage niet wordt verlaagd op basis van het verdrag Nederland – Indonesië.

¹²³ Court of Appeal 2006, EWCA Civ 158 (Indofood International Finance Ltd. vs. JP Morgan Chase Bank N.A., London Branch (formerly JP Morgan Chase Bank, London Branch)).

¹²⁴ W.R. Munting, 'Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?', *WFR* 2008/1343.

¹²⁵ De zaak kwam voor in het Verenigd Koninkrijk gezien er was gekozen voor toepassing van het Britse recht. Zie: J. Li, "'Beneficial Ownership' in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case of Clarity (draft)", Conference in Honor of John Avery Jones 22nd and 23rd April 2010. Osgoode Hall Law School of York University, Canada.

Munting plaats de opmerking dat er nog stil moet worden gestaan bij de vraag in hoeverre de uitspraak van de rechter van invloed is op de fiscaliteit. De vraag welke in het arrest immers centraal stond was of Indofood de lening mocht aflossen. Gezien de redengeving die de rechter volgt aansluit bij het internationale fiscale recht, lijkt *Munting* toch van mening dat de uitspraak wel degelijk van invloed is op de fiscaliteit.¹²⁶

Ik ben geen groot voetbalkenner, maar na 5 jaar studeren weet ik dat ook de voetbalwereld niet vrij is van belastingzaken.¹²⁷ Zo stond de Spaanse voetbalclub Real Madrid in 2006 voor de rechter. De meest succesvolle voetbalclub van de 20^{ste} eeuw betaalde royalty's aan een Hongaarse vennootschap.¹²⁸ In geding was of het verlaagde bronbelastingtarief van toepassing was op de royalty betalingen. De Hongaarse vennootschap was verplicht 99% van de ingekomen royalty's door te stoten naar een Nederlandse vennootschap. De Spaanse rechter stelde de belastinginspecteur in het gelijk. De Hongaarse vennootschap kon niet aangemerkt worden als de uiteindelijk gerechtigde, gezien de vennootschap in de structuur was gevoegd met als enige doel gebruik maken van de voordelen van het verdrag Spanje – Hongarije.¹²⁹

In de zaak *Bank of Scotland* gewezen door het Franse Le Conseil d'Etat stond het recht van vruchtgebruik centraal.¹³⁰ De *Bank of Scotland*, een inwoner van het Verenigd Koninkrijk, had van een Amerikaanse vennootschap het recht van vruchtgebruik van een pakket aandelen in een Franse vennootschap gekocht. Het Franse Supreme Court oordeelde dat de Amerikaanse vennootschap de uiteindelijk gerechtigde was ten aanzien van de voordelen verkregen uit het aandelenpakket.¹³¹

¹²⁶ W.R. Munting, 'Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?', *WFR* 2008/1343.

¹²⁷ Denk hierbij aan de Nederlandse voetbaltrainer Guus Hiddink die in België 'woonde' of de FIFA met hun absurde belastingeisen.

Zie: P. Kavelaars, 'Keizer FIFA', *WFR* 2010/669.

¹²⁸ http://nl.wikipedia.org/wiki/Real_Madrid_CF.

¹²⁹ *Real Madrid F.C. vs. Oficina Nacional de Inspeccion* (18 July 2006), Westlaw Aranzadi JUR\2006\204307. Zie: J. Li, "'Beneficial Ownership' in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case of Clarity (draft)", Conference in Honor of John Avery Jones 22nd and 23rd April 2010. Osgoode Hall Law School of York University, Canada.

¹³⁰ Titel 8, Boek 3: 201 BW: "Vruchtgebruik geeft het recht om goederen die aan een ander toebehoren, te gebruiken en daarvan de vruchten te genieten."

¹³¹ Conseil d'Etat, 29 December 2006, *Ministre de L'Economie, des Finances et de L'Industrie vs. Societe Bank of Scotland*, no.283314. See (2006) 9 ITLR, blz. 1. 5.

Zie: J. Li, "'Beneficial Ownership' in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case of Clarity (draft)", Conference in Honor of John Avery Jones 22nd and 23rd April 2010. Osgoode Hall Law School of York University, Canada.

In maart 2009 besliste de *Federal Court of Appeal* in Canada in de zaak Prevest.¹³² Prevest is een Canadese vennootschap waarvan de aandelen middellijk worden gehouden door vennootschappen in Zweden en het Verenigd Koninkrijk, via een Nederlandse tussenhoudstervenootschap. In de aandeelhoudersovereenkomst is opgenomen dat zowel Prevest als de Nederlandse holdingvennootschap verplicht zijn 80% van hun winsten uit te keren als dividend aan hun aandeelhouder(s). Op basis van het verdrag Nederland - Canada houdt Prevest bij de uitkering van de dividenden aan de Nederlandse holdingvennootschap 5% dividendbelasting in. Volgens de Canadese belastingautoriteiten is Prevest verplicht een hoger percentage aan dividendbelasting (10% en 15%) in te houden op basis van het verdrag dat Canada heeft gesloten met respectievelijk Zweden en het Verenigd Koninkrijk. In de zaak wordt beslist dat indien de ontvanger van de dividenden, in casu de Nederlandse holdingvennootschap, (I) vrijelijk over deze dividenden kan beschikken, (II) de controle heeft en (III) het risico loopt met betrekking tot de gelden, hij is aan te merken als uiteindelijk gerechtigde. Volgens de Canadese rechter voldeed de Nederlandse holdingvennootschap aan deze eisen, dit heeft tot gevolg dat Prevest 5% dividendbelasting dient in te houden op basis van het verdrag Nederland - Canada. *Munting* geeft aan dat dit arrest de gedachte bevestigt dat het vertrekpunt voor het vaststellen van uiteindelijk gerechtigheid het juridische eigendom is.¹³³ Enkel in het geval waarin de belastinginspecteur kan aantonen dat de juridisch eigenaar slechts als doorgeefluik functioneert kwalificeert hij niet als uiteindelijk gerechtigde.

Recent is er opnieuw een ‘uiteindelijk gerechtigde-zaak’ voor de Canadese rechter gekomen.¹³⁴ In de zaak Velcro is besloten dat zelfs een minimale bevoegdheid over de inkomensstroom leidt tot kwalificatie als uiteindelijk gerechtigde. In casu betaalde de Canadese vennootschap Velcro royalty’s aan (opnieuw) een Nederlandse holdingvennootschap. De Nederlandse vennootschap is een 100% dochtervennootschap van VIBV, een entiteit opgericht naar Antilliaanse recht. De Nederlandse vennootschap was verplicht een bepaald percentage van de ingekomen royalty’s door te stoten naar de Antilliaanse vennootschap. Op basis van Prevest kunnen we concluderen dat de ontvanger van de gelden niet kan worden aangemerkt als de uiteindelijke gerechtigde als deze een doorstroomlichaam is zonder enige bevoegdheid met betrekking tot de ontvangen gelden. De Nederlandse vennootschap had echter wel een geringe bevoegdheid ten aanzien van de

¹³² TCC 22 April 2008, *Car Inc. vs. Her Majesty the Queen (Prevest)*.

¹³³ W.R. Munting, ‘Indofood: een steen in de vijver of en storm in een glas water?’, *WFR* 2008/1343.

¹³⁴ TCC 24 February 2012, *Velcro Canada vs. Her Majesty the The Queen (Velcro)*.

inkomende royalty-stroom, deze minimale bevoegdheid was volgens de Canadese rechter genoeg om te kwalificeren als de uiteindelijk gerechtigde. Hierbij wil ik nog opmerken dat in casu de Nederlandse holdingvennootschap niet de verplichting droeg om dezelfde fysieke dollar die zij ontving als royalty door uit te keren naar de Antilliaanse aandeelhouder, VIBV.¹³⁵

Op basis van de hierboven besproken uitspraken kan ik concluderen dat er niet geheel een eenduidige lijn wordt gevolgd. In Indofood is door de rechtelijke instantie gekozen voor een meer economische benadering van de uiteindelijk gerechtigde, hierbij moet de vraag worden beantwoord of de ontvanger van de interesten/dividenden/royalty's volledig gerechtigd is tot het voordeel behorend bij dit inkomen. Economische gerechtigheid tot betaalde interesten, dividenden of royalty's bepaalt of de ontvanger wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde en recht heeft op toepassing van het verlaagde bronbelastingtarief van het desbetreffende bilaterale belastingverdrag. In het arrest Prevost geldt echter het juridisch eigendom als vertrekpunt voor de vraag of de ontvanger is aan te merken als de uiteindelijk gerechtigde, hier wordt getoetst of de ontvanger vrijelijk over de ontvangen gelden kan beschikken en hierover ook het risico draagt en de controle heeft. Alleen indien door de belastinginspecteur kan worden aangetoond dat de ontvanger handelt als een doorgeefluik is er geen sprake van uiteindelijk gerechtigdheid.¹³⁶ Ook *Li* geeft aan dat er een onderscheid wordt gemaakt in deze twee zienswijzen, een economische benadering en een juridische benadering.¹³⁷ Indien een meer economische zienswijze wordt gehanteerd wordt ook de "substance-over-form" benadering van belang. Het OESO-Commentaar brengt momenteel nog geen verheldering ten aanzien van het begrip uiteindelijk gerechtigde, immers zoals eerder is beschreven bevat zowel het OESO-Modelverdrag als het Commentaar geen definitie. Echter in het voorjaar van 2011 is er door de OESO een *discussion draft* gepubliceerd met als doel opheldering van het begrip uiteindelijk gerechtigde voor de toepassing van het OESO-Modelverdrag.¹³⁸

¹³⁵ Op het moment van schrijven is nog onbekend of de Velcro zaak zal voorkomen voor de Federal Court of Appeal in Canada.

Zie: M. Peters, "Beneficial owner" – CRA's assessment of Velcro doesn't stick", *FMC Law* (www.fmc-law.com)

¹³⁶ W.R. Munting, 'Indofood: een steen in de vijver of en storm in een glas water?', *WFR* 2008/1343.

¹³⁷ J. Li, "'Beneficial Ownership' in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case of Clarity (draft)", Conference in Honor of John Avery Jones 22nd and 23rd April 2010. Osgoode Hall Law School of York University, Canada.

¹³⁸ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Clarification of the meaning of "beneficial owner" in the OECD Model Tax Convention", Discussion draft 29 April 2011 to 15 July 2011.

4.2.4 OESO Discussion draft

In 2011 heeft de OESO een discussion draft gepubliceerd met daarin een aantal voorstellen voor aanpassingen van het OESO-Commentaar bij art. 10, 11 en 12 van het OESO-Modelverdrag. Naar mijn idee verduidelijkt deze discussion draft de invulling van het begrip uiteindelijk gerechtigde.¹³⁹ De discussion draft moet een opheldering bewerkstelligen met betrekking tot structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van tussenvennootschappen / doorstroomlichamen. Door het ontbreken van voorbeelden in de discussion draft moet de verduidelijking worden gevonden in de voorgestelde aanpassing van paragraaf 12.4 van het OESO-Commentaar:¹⁴⁰

*“In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the recipient of the dividend is not the ‘beneficial owner’ because that recipient does not have the full right to use and enjoy the dividend that it receives and this dividend is not its own; the powers of that recipient over that dividend are indeed constrained in that the recipient is obligated to pass the payment received to another person. The recipient of a dividend is the “beneficial owner” of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend; also, the use and enjoyment of a dividend must be distinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment, of the shares on which the dividend is paid”.*¹⁴¹

Naast bovenstaande en enkele andere aanpassingen van het OESO-Commentaar wordt er in de discussion draft ook een voorstel gedaan tot het opnemen van een extra antimisbruikparagraaf. Indien de voorgestelde wijzigingen worden doorgevoerd sluit paragraaf 12.5 OESO-Commentaar een verlaging van het bronbelastingtarief uit ingeval de ontvanger van de dividenden wel kwalificeert als uiteindelijk gerechtigde maar er in casu sprake is van misbruik.

¹³⁹ Gezien het hier gaat om een draft is het nog niet zeker of de voorgestelde wijzigingen geïmplementeerd worden.

¹⁴⁰ Een vrijwel identieke bepaling wordt voorgesteld voor het OESO-Commentaar bij artikel 11 (interest) en artikel 12 (royalty's).

¹⁴¹ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention”, Discussion draft 29 April 2011 to 15 July 2011.

Deze voorgestelde wijzigingen zullen weinig effect hebben op de Nederlandse definitie van uiteindelijk gerechtigde welke is gebaseerd op het Market Maker arrest.¹⁴² Indien de voorgestelde wijzigingen worden geïmplementeerd in het OESO-Commentaar is de vraag in hoeverre dit van invloed is op de bestaande gesloten belastingverdragen. Dit zal afhangen van de toepassing van de statische of dynamische methode van art. 3 lid 2 OESO-Modelverdrag. Bij toepassing van de statische methode heeft een verandering in het Commentaar na het sluiten van het verdrag geen invloed op de uitleg van begrippen. Bij toepassing van de dynamische methode zal een wijziging in het Commentaar echter direct doorwerken naar het verdrag.¹⁴³ Naar mijn idee zit er wel een grens aan de toepassing van de dynamische methode, staten moeten rekening houden met de omstandigheden op het moment van sluiten van een belastingverdrag. Een zogenoemd treaty override is niet mogelijk.

4.2.5 Aanbeveling

Het ontbreken van een duidelijke positieve definitie van het begrip uiteindelijk gerechtigde heeft geresulteerd in verschillende invullingen van het begrip, afhankelijk per land. Doordat het begrip uiteindelijk gerechtigde slechts met een negatieve definitie is opgenomen in de Nederlandse nationale wetgeving en ook in het internationaal belastingrecht geen eenduidige definitie wordt onderkend is er een bepaalde mate van flexibiliteit. Echter de verschillende zienswijzen leiden tot onzekerheid bij belastingplichtigen. Op basis van het arrest Indofood en de mogelijke aanpassingen van het OESO-Commentaar, die zijn gepubliceerd in de discussion draft, concludeer ik dat er voor de invulling van het begrip uiteindelijk gerechtigde is gekozen voor een economische benadering. Naar mijn idee moeten wij deze economische benadering codificeren, om zo de belastingplichtige meer rechtszekerheid te bieden.

4.3 De uitwisseling van informatie en het verlenen van bijstand

In art. 47 e.v. Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) is de algemene inlichtingverplichting geregeld, deze verplichting heeft betrekking op informatie die van belang is voor het heffen van belasting in Nederland.¹⁴⁴ Indien de benodigde informatie in bezit is van een in het buitenland gevestigd lichaam of natuurlijk persoon kan art. 47a AWR

¹⁴² Redactie Vakstudie Nieuws, “Dubbele belasting; Discussion draft over verduidelijking uitdrukking “Beneficial owner” in Commentaar OESO-modelverdrag art. 10, 11, 12 OESO modelverdrag”, *V-N* 2011/26.8.

¹⁴³ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 106.

¹⁴⁴ Hoofdstuk VIII, afdeling 2, AWR.

uitkomst bieden.^{145, 146} In de Nederlandse nationale wetgeving is naast de inlichtingenverplichting ook een geheimhoudingsplicht opgenomen in art. 67 AWR, op basis van deze artikelen is het verstrekken van gegevens aan het buitenland niet toegestaan. In artikel 94 van de Grondwet is vastgelegd dat belastingverdragen boven de nationale wetgeving staan en laat het nu zo zijn dat in belastingverdragen het uitwisselen van gegevens is geregeld.¹⁴⁷ Dit betekent dat art 67 AWR niet in de weg staat voor het uitwisselen van gegevens met een buitenlandse fiscus. Sinds 1986 heeft Nederland de Wet op de internationale bijstandverlening bij de heffing van belastingen, ook bekend als de WIB. Deze wet ziet op de nakoming van verplichtingen tot het verlenen van wederzijdse bijstand bij de heffing van belastingen.¹⁴⁸

4.3.1 Artikel 26 OESO-Modelverdrag: De uitwisseling van informatie

In art. 26 OESO-Modelverdrag is een bepaling opgenomen met betrekking tot het uitwisselen van inlichtingen. Het belang van de regeling tot informatie uitwisseling wordt ook wel als volgt omschreven: zonder een goed functionerend systeem van gegevensuitwisseling is het voor de fiscus vrijwel ondoenlijk controle uit te oefenen op grensoverschrijdende inkomsten.¹⁴⁹ Het verstrekken van inlichtingen kan worden ingedeeld in drie categorieën, het verstrekken van informatie op verzoek, automatische informatie verstrekking en spontane informatie uitwisseling. Uiteraard kan er ook een combinatie van bovenstaande vormen voorkomen.¹⁵⁰ De bepaling heeft betrekking op zowel binnenlandse belastingplichtigen als buitenlandse belastingplichtigen.¹⁵¹ Op basis van art. 26 lid 1 OESO-Modelverdrag kan worden geconstateerd dat er twee redenen zijn om een verzoek tot uitwisseling van informatie in te dienen. De eerste reden is dat de informatie noodzakelijk is om het bilaterale belastingverdrag toe te kunnen passen. Als tweede reden wordt aangedragen dat zonder

¹⁴⁵ Art. 47a AWR ziet op de situatie waarin een niet in Nederland gevestigd lichaam of een niet in Nederland wonende natuurlijke persoon een belang heeft van meer dan 50% in een vennootschap met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal. De verplichting tot het verstrekken van inlichtingen van art. 47 AWR is in de genoemde situatie overeenkomstig van toepassing ter zake van gegevens en inlichtingen, alsmede gegevensdragers die in het bezit zijn van dat niet in Nederland gevestigde lichaam of die natuurlijke persoon.

¹⁴⁶ In het Besluit van 12 augustus 1985 is de Staatssecretaris van Financiën ingegaan op de reikwijdte van art. 47 AWR in internationale verhoudingen.

Zie: Besluit 12 augustus 1985, nr. 585-17771, *BNB* 1985/298.

¹⁴⁷ D.J. Hessing, H. Elffers en J.H. Christiaanse (red.), *Belastingontduiking. Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand*, Deventer: Kluwer 1989, blz. 19.

¹⁴⁸ Art. 1 lid 1 Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen.

¹⁴⁹ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 377.

¹⁵⁰ OESO-Commentaar bij artikel 26 OESO-Modelverdrag, paragraaf 1, punt 9.

¹⁵¹ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 380.

uitwisseling van informatie de nationale wetgeving, voor zover het verdragsbelastingen betreft, niet juist kan worden toegepast.¹⁵² Alvorens de fiscus een verzoek indient, dient zij op alle mogelijke manieren die de nationale wetgeving biedt te hebben getracht de benodigde informatie te bemachtigen. In art. 26 lid 3 worden drie uitzonderingen genoemd in welk geval de fiscus niet hoeft over te gaan tot informatie uitwisseling of slechts een beperkte uitwisseling. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer er sprake is van een beroepsgeheim, zoals bij een advocaat.¹⁵³

Als we kijken naar de bilaterale verdragen die door Nederland zijn gesloten, worden er ten aanzien van het inlichtingenartikel verschillende varianten gebruikt. Zo zijn er verdragen waarin de uitwisseling van informatie wordt beperkt tot informatie die de verdragspartners nodig hebben voor een correcte uitvoering van het verdrag. Echter de meeste verdragen sluiten aan bij art. 26 OESO-Modelverdrag, waar zowel de hiervoor genoemde reden als het correct uitvoeren van de nationale wetgeving aanleiding kan geven tot het uitwisselen van informatie.¹⁵⁴ In een aantal bilaterale verdragen die door Nederland zijn gesloten is de inlichtingenverplichting uitgebreid met een bepaling ter preventie van fraude.¹⁵⁵ Dit is bijvoorbeeld het geval in het Verdrag Nederland – Marokko.

4.3.2 Artikel 27 OESO-Modelverdrag: Het verlenen van bijstand bij belastingheffing

In 2003 is het huidige art. 27 aan het OESO-Modelverdrag toegevoegd waarin de bijstand bij invordering van belastingen is geregeld. Net als art. 26 is art. 27 OESO-Modelverdrag van toepassing op binnenlandse- en buitenlandse belastingplichtigen.¹⁵⁶ Het bedrag waarvoor bijstand kan worden verleend is het bedrag aan verschuldigde belasting vastgesteld in overeenstemming met de nationale wetgeving en wat op basis van het betreffende belastingverdrag is verschuldigd, art. 27 lid 2 OESO-Modelverdrag.¹⁵⁷

¹⁵² C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2011, blz. 359.

¹⁵³ In het OESO-Commentaar bij artikel 26 wordt gedetailleerder in gegaan op de situaties waarin men te maken krijgt met een ambts- en beroepsgeheim en het uitwisselen van informatie.

¹⁵⁴ Besluit van 6 april 2006, nr. CPP2006/546, V-N 2006/29.5.

¹⁵⁵ Besluit van 6 april 2006, nr. CPP2006/546, V-N 2006/29.5.

¹⁵⁶ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 392.

¹⁵⁷ Op basis van art. 27 lid 2 OESO-Modelverdrag behoren tot het bedrag (*the revenue claim*) ook verschuldigde interesten, administratieve boetes en de kosten die worden gemaakt voor de invordering van het bedrag.

4.3.3 Overige (model)verdragen inzake informatie-uitwisseling en bijstandsverlening

Naast art. 26 en 27 OESO-Modelverdrag zijn er nog diverse andere (model)verdragen die zien op het uitwisselen van informatie en het verlenen van bijstand bij de heffing van belastingen.

Hieronder zal ik een aantal van deze verdragen kort bespreken, aan bod komen;

- de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (hierna: WIB);
- het multilaterale verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (hierna: WABB-Verdrag);
- de Tax Information Exchange Agreements (hierna: TIEAs).¹⁵⁸

Naast deze wettelijke regelingen zijn er ook nog diverse belangrijke richtlijnen; bijvoorbeeld de in 1979 in werking getreden Bijstandsrichtlijn en de richtlijn betreffende de wederzijdse bijstand bij invordering.

Oudste van de bovenstaande wetten is de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen, de WIB, welke in 1986 in werking is getreden.¹⁵⁹ In deze Wet is de verlening van “heffingsbijstand” geregeld voor Nederland.¹⁶⁰ Op 1 februari 1997 is het multilaterale verdrag inzake WABB, voor Nederland in werking getreden.¹⁶¹ Dit verdrag is door de OESO in samenwerking met de Raad van Europa in 1988 tot stand gebracht.^{162, 163} Bij het opstellen van het WABB-Verdrag is getracht aan te sluiten bij art. 26 OESO-Modelverdrag inzake de uitwisseling van informatie. Zowel de structuur van de WIB en het WABB-Verdrag, als de mogelijkheden die zij bieden met betrekking tot het uitwisselen van informatie komen sterk met elkaar overeen.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Naast de genoemde wetten en regelingen is Nederland met verschillende landen ook een bilaterale regeling overeengekomen over het automatisch verstrekken van gegevens en gezamenlijke boekenonderzoeken. Zulke regelingen zijn bijvoorbeeld getroffen met Frankrijk, België, Duitsland en Canada.

Zie: C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2011, blz. 360.

¹⁵⁹ Wet van 24 april 1986, Stb. 249, laatst gewijzigd bij Wet van 5 februari 2009, Stb. 108.

¹⁶⁰ Besluit van 6 april 2006, nr. CPP2006/546, V-N 2006/29.5.

¹⁶¹ Wet van 26 juni 1996, Stb. 1996, 382.

¹⁶² C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2011, blz. 182, noot 8: ‘Nadat Noorwegen, Zweden, Denemarken, de Verenigde Staten en Finland het hadden geratificeerd, is het verdrag op 1 april 1995 in werking getreden (zie art. 28, lid 2, van het verdrag). Nederland heeft het verdrag op 25 september 1990 ondertekend. Bij Wet van 26 juni 1996 (Stb. 1996, 382) is het verdrag goedgekeurd en op 1 februari 1997 is het voor Nederland in werking getreden.’

¹⁶³ Voor Nederland is er op 27 mei 2010 een nieuw WABB-verdrag ondertekend. Het vernieuwde verdrag maakt het mogelijk dat ook landen die geen lid zijn van de OESO en de Raad van Europa toegang krijgen tot het verdrag.

Zie: A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 389.

¹⁶⁴ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 390.

Naast art. 26 OESO-Modelverdrag, de WIB en het WABB-Verdrag is er ook nog het modelverdrag voor informatie uitwisseling, ook wel het TIEA-Modelverdrag genaamd, waarbij TIEA staat voor *Tax and Information Exchange Agreements*. Dit modelverdrag is in 2002 opgesteld. Een TIEA kan uitkomst bieden wanneer een regeling voor informatie uitwisseling wenselijk is, maar er geen belastingverdrag is gesloten. De reden die aanleiding geeft voor het overeenkomen van een TIEA in plaats van het sluiten van een belastingverdrag ligt veelal in het feit dat het belastingregime van de andere Staat fiscaal te vriendelijk wordt geacht. Een andere reden kan zijn dat er in het desbetreffende land geen noemenswaardige activiteiten plaatsvinden.¹⁶⁵ Evers geeft aan dat sinds het opstellen van het TIEA-Modelverdrag, plus de werking van art. 26 OESO-Modelverdrag in verdragsituaties, het niet meer mogelijk is voor landen om zich te verschuilen achter een bankgeheim en/of het gebrek aan 'domestic tax interest'.¹⁶⁶ Nederland heeft nu al meerdere TIEA's gesloten waarbij de structuur identiek is aan het door de OESO opgestelde TIEA-Modelverdrag, die weer aansluit bij de systematiek van art 26 OESO-Modelverdrag.¹⁶⁷

Voordat de overheid informatie gaat verstrekken aan een andere overheid wordt de belastingplichtige door middel van een besluit op de hoogte gesteld.¹⁶⁸ De belastingplichtige heeft vervolgens het recht om in beroep te gaan tegen dit besluit, dit beroep wordt ingesteld bij de Raad van State. Als voorbeeld van zo een procedure noem ik RvS 11 augustus 1993.¹⁶⁹ In deze zaak heeft de Staatssecretaris van Financiën een in Nederland gevestigde BV in kennis gesteld over de informatie die uitgewisseld ging worden met Frankrijk op basis van art. 7 lid 1 WIB. Hierbij werd een beroep gedaan op onderdeel a van het voorgenoemde artikel op basis waarvan de Staatssecretaris van Financiën spontaan informatie kan uitwisselen met een andere staat indien het vermoeden bestaat dat in de andere staat door de bevoegde autoriteit ten onrechte een vermindering, ontheffing, teruggaaf of vrijstelling van belasting wordt verleend dan wel heffing van belasting ten onrechte achterwege blijft ingeval de inlichtingen niet worden verstrekt. Op basis van art. 7 lid 2 WIB dient de belastingplichtige in kennis te

¹⁶⁵ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 382.

¹⁶⁶ M. Evers, 'Belastingverdragen in beeld: een korte beschouwing van 30 jaar Nederlandse belastingverdragen', *MBB* 2011/04.

¹⁶⁷ A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, blz. 383.

¹⁶⁸ Wanneer het gaat om automatische informatieverstrekking wordt de belastingplichtige niet op de hoogte gesteld, dit heeft tot gevolg dat de belastingplichtige bij deze vorm van informatie uitwisseling ook geen mogelijkheid heeft om bezwaar aan te tekenen.

¹⁶⁹ RvS 11 augustus 1993, nr. RO1.91.1844.77-125, V-N 1993/4152.

worden gesteld aan wie de informatie verstrekt gaat worden en moet een omschrijving van de te verstrekken inlichtingen worden overlegd. In de onderhavige casus ging de BV in beroep tegen het besluit tot uitwisseling van informatie op grond van de regelgeving neergelegd in de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR). In de onderhavige rechtszaak werd het beroep van de BV afgewezen en ging de Nederlandse staat over tot informatie uitwisseling met de Franse fiscus.

Aan de hand van het bovenstaande concludeer ik dat in de laatste jaren de regelgeving met betrekking tot het uitwisselen van informatie en het verlenen van bijstand bij invordering is verbeterd. De strijd tegen belastingontwijking, fraude en zwart geld is ingezet door op internationaal niveau samen te werken door het uitwisselen van informatie en verlenen van bijstand bij de invordering van belastingen.

4.4 Deelconclusie

We kunnen wel stellen dat het OESO-Modelverdrag veelal het startpunt vormt bij bilaterale verdragsonderhandelingen. Mijn onderzoek naar antimisbruikbepalingen in belastingverdragen start ik logischer wijs dan ook bij het OESO-Modelverdrag. In dit hoofdstuk ben ik ingegaan op het begrip uiteindelijk gerechtigde van art. 10, 11 en 12 OESO-Modelverdrag en de bepalingen met betrekking tot het uitwisselen van informatie en het verlenen van bijstand bij heffing, respectievelijk art. 26 en 27 OESO-Modelverdrag. Zowel de uiteindelijk gerechtigde bepaling als art. 26 en 27 OESO-Modelverdrag zien op het tegengaan van belastingontwijkend gedrag en misbruik.

De definitie van het begrip uiteindelijk gerechtigde wordt in het OESO-Modelverdrag en het daarbij behorend Commentaar niet expliciet genoemd. Ook in de Nederlandse wetgeving is geen positieve definitie weergegeven, sinds 2001 is de nationale wetgeving echter wel voorzien van een negatieve formulering van het begrip. Uit het arrest Indofood en de voorgestelde wijzigingen van het OESO-Commentaar kan worden opgemaakt dat het begrip een economische invulling heeft gekregen. Voor de toets of er sprake is van een uiteindelijk gerechtigde moet worden gekeken of de ontvanger van de dividenden/interessen/royalty's gerechtigd is tot de voordelen behorend bij dit inkomen. Zoals in de aanbeveling in dit hoofdstuk is aangegeven gaat mijn voorkeur uit naar codificatie van het begrip.

Art. 26 en 27 OESO-Modelverdrag zien op het uitwisselen van informatie en het verlenen van bijstand bij invordering van belastingen. Indien er geen belastingverdrag is gesloten met een land kan ervoor worden gekozen een *Tax Information and Exchange Agreement* te sluiten. Nederland heeft de afgelopen jaren meerdere TIEA's afgesloten in de strijd tegen zwart geld en belastingmisbruik. Daarnaast kan Nederland ook een beroep op de wettelijke regeling betreffende de internationale bijstandverlening bij belastingheffing (WIB), het Verdrag ter zake van de wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken (WABB), de EU-richtlijnen inzake informatie-uitwisseling en de richtlijn betreffende de wederzijdse bijstand bij invordering.

In het volgende hoofdstuk ga ik nader in op een aantal bilaterale verdragen. Steeds vaker nemen landen beperkingen op ten aanzien van de verdragstoepassing, het meest bekende voorbeeld hiervan is naar mijn idee de limitation-on-benefitsbepaling die is terug te vinden in het belastingverdrag Nederland – Verenigde Staten. Deze maatregel, maar ook de main purpose test worden in het vervolg van deze scriptie nader onderzocht.

Hoofdstuk 5 De main purpose test en limitation-on-benefits

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk ben ik ingegaan op de antimisbruikmaatregelen die zijn terug te vinden in het OESO-Modelverdrag. Aan bod kwamen de uiteindelijk gerechtigde bepaling van art. 10, 11 en 12 OESO-Modelverdrag en art. 26 en 27 met betrekking tot het uitwisselen van informatie en het verlenen van bijstand bij invordering. Het OESO-Modelverdrag vormt veelal het uitgangspunt bij bilaterale verdragsonderhandelingen, waarbij het de landen vrij staat aanpassingen door te voeren en het verdrag zo goed mogelijk af te stemmen op de betreffende belastingsystemen. In dit hoofdstuk ga ik in op de main purpose test en de LOB-bepaling. Deze toetsen worden nader hand toegelicht met behulp van een aantal bilaterale verdragen waarin deze maatregelen zijn getroffen.

Zoals ik in hoofdstuk drie heb geconcludeerd vormt treaty shopping daadwerkelijk een probleem. Het is dan ook noodzakelijk dat hier maatregelen tegen worden getroffen. Bij de afweging welke antimisbruikmaatregel geïmplementeerd gaat worden spelen diverse criteria een rol. *Bender* omschrijft de keuze als een evenwicht zien te vinden tussen rechtszekerheid (objectieve toetsingscriteria) en het maatwerk van de open norm, maar ook tussen de rol van dominee (stevige antimisbruikmaatregelen waardoor geloofwaardigheid in het internationale fiscaalpolitieke speelveld) en koopman (aantrekkelijk vestigingsklimaat door ruime verdragstoepassing).¹⁷⁰

De main purpose test en de LOB-bepaling zijn beiden gericht op het bestrijden van treaty shopping. Ik start dit hoofdstuk met een onderzoek naar de main purpose bepaling. Deze antimisbruikmaatregel bespreek ik onder andere aan de hand van het huidige verdrag Nederland – Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (hierna: Verenigd Koninkrijk). Ook in een aantal andere verdragen is deze bepaling terug te vinden, waaronder het verdrag met Egypte, Malta, Suriname en Zwitserland. In het verdrag met het Verenigd Koninkrijk is de bepaling echter uitgebreider verwoord dan in andere verdragen. Hierover volgt later een meer uitgebreide analyse. Vervolgens staat de LOB-bepaling centraal. Deze maatregel bespreek ik met behulp van het verdrag Nederland – De Verenigde Staten van Amerika (hierna: Verenigde Staten). Alleen indien een inwoner van een van de staten aan

¹⁷⁰ T. Bender, 'Antimisbruikmaatregelen in belastingverdragen: een balancing act', *WFR* 2011/539.

deze LOB-bepaling voldoet krijgt hij recht op de voordelen die het verdrag biedt. Een limitation-on-benefits bepaling is ook opgenomen in het nieuwe verdrag met Japan. Na het verdrag met de Verenigde Staten bespreek ik dan ook het verdrag met Japan.

5.2 De main purpose test

5.2.1 De main purpose test – doel, strekking & werking

De naam van de test verraad het al, deze toets richt zich op het hoofddoel van een transactie. Met welke reden handelt de belastingplichtige, wat is de gedachte achter een bepaalde structuur? In het vorige hoofdstuk heb ik de antimisbruikmaatregelen in het OESO-Modelverdrag besproken. Hierbij is de main purpose bepaling niet aan bod gekomen, gezien het Modelverdrag hier niets over vermeld. In het OESO-Commentaar is echter wel een passage opgenomen betreft een *bona fide* bepaling. In paragraaf 19a staat:

The foregoing provisions shall not apply where the company establishes that the principal purpose of the company, the conduct of its business and the acquisition or maintenance by it of the shareholding or other property from which the income in question is derived, are motivated by sound business reasons and do not have as primary purpose the obtaining of any benefits under this Convention.

Naast deze algemene test is er ook een speciale passage opgenomen met een antimisbruikmaatregel ten aanzien van bronheffingen op specifieke inkomens. In paragraaf 21.4 staat het volgende:

The following provision has the effect of denying the benefits of specific Articles of the convention that restrict source taxation where transactions have been entered into for the main purpose of obtaining these benefits. The Articles concerned are 10, 11, 12 and 21; the provision should be slightly modified as indicated below to deal with specific type of income covered by each of these Articles:

'The provisions of this Article shall not apply if it was the main purpose of any person concerned with the creation or assignment of the [Article 10: 'shares or other rights'; Article 11: 'debt-claim'; Articles 12 and 21: 'rights'] in respect of which the [Article 10: 'dividend'; Article 11: 'interest'; Article 12: 'royalties' and Article 21: 'income'] is paid to take advantage of this Article by means of that creation or assignment.'

Kort samengevat; is een transactie van een belastingplichtige opgezet met het hoofddoel te profiteren van de voordelen van het verdrag, dan annuleert deze bepaling de toegang tot de verdragsvoordelen. De main purpose test is een *transaction-based anti-treaty shopping bepaling*.¹⁷¹ Bij een *transaction-based-approach* vormt de transactie het aanknopingspunt.¹⁷² Door de toepassing van een open norm wordt er met de main purpose bepaling maatwerk geleverd. Dit is een voordeel van de main purpose test. Nadeel van test is dat er door de open norm rechtsonzekerheid ontstaat.

Van Vugt stelt dat de main purpose bepaling zich richt tegen twee misbruiksituaties.¹⁷³ Allereerst richt de bepaling zich tegen doorstroomlichamen, vandaar de bepaling ook wel bekend staat als de antidoorstroommaatregel. Daarnaast noemt *Van Vugt* market-makerachtige situaties. Naar mijn idee verliest *Van Vugt* de lezer in zijn betoog. In paragraaf 2 zet hij uiteen dat de main purpose test zich richt tegen doorstroomlichamen, hierbij is de toets naar zijn idee een aanvulling op de beneficial ownership bepaling. In paragraaf 3.1 en in zijn conclusie schrijft hij dat de bepaling ziet op marketmaker-achtige situaties waar de toets een aanvulling vormt op de beneficial ownership bepaling en dat de main purpose bepaling daarnaast ziet op doorstroomvennootschappen. Ik ben het met *Van Vugt* eens dat de toets een aanvulling vormt op de uiteindelijk gerechtigde toets. Echter met de verdeling die hij maakt, het onderscheid tussen twee verschillende situaties, heb ik wat moeite. Mijns inziens is het duidelijk dat de main purpose toets een bepaling is die zich richt tegen doorstroomlichamen. De reden om een doorstroomlichaam in een fiscale structuur op te nemen is het profiteren van verdragsvoordelen, dit is dan ook precies hetgeen waar de main purpose test op is gericht. Naar mijn idee kan hieronder ook de door *Van Vugt* genoemde marketmaker-achtige situatie worden geschaard.

Zoals gezegd kan ik mij wel vinden in de constatering dat de main purpose bepaling een aanvulling vormt op de beneficial owner toets. Alvorens te toetsen aan de main purpose bepaling, wordt getoetst of er sprake is van een uiteindelijk gerechtigde. Indien de ontvanger van de gelden niet kwalificeert als de uiteindelijk gerechtigde is er geen toegang tot de verdragsvoordelen. Echter een structuur kan zo worden opgezet dat de tussenhoudster vrije

¹⁷¹ A.C.G.A.C. de Graaf, 'Visie over de vormgeving van een 'anti-treaty shopping'-bepaling: een alternatief', *MBB* 2007/02.

¹⁷² T. Bender, 'Anti-misbruikregels in belastingverdragen: een balancing act', *WFR* 2011/359.

¹⁷³ E.J. Van Vught, 'De 'main purpose test' in het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (2008): een analyse', *WFR* 2011/801.

beschikkingsmacht toekomt. Dit heeft tot gevolg dat zij wordt aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde en recht heeft op het verlaagde bronbelastingtarief.¹⁷⁴ De main purpose test moet deze situatie ondervangen en de belastingplichtige de voordelen van het verdrag ontzeggen indien blijkt dat het profiteren van de verdragsvoordelen het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen van een betrokkenen bij de transactie is. Zoals *Van Vugt* aangeeft doet de main purpose test de deur dicht voor misbruiksituaties die wel door beneficial ownership bepaling heen komen, maar zijn opgezet om de voordelen van het verdrag te genieten.

5.2.2 De main purpose test in het verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk

De main purpose test is onder andere terug te vinden in het belastingverdrag dat Nederland heeft gesloten met het Verenigd Koninkrijk. In dit verdrag is de bepaling specifiek en duidelijker omschreven dan hetgeen is vermeld in het OESO-Commentaar. Na deze paragraaf vergelijk ik de bepaling zoals opgenomen in het verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk met de main purpose test zoals deze is terug te vinden in andere belastingverdragen die Nederland heeft gesloten.

Het eerste belastingverdrag dat Nederland heeft gesloten met het Verenigd Koninkrijk stamt uit 1948. Met ingang van 1 januari 2011 is het meest recente verdrag in werking getreden.¹⁷⁵

¹⁷⁶ In het oude verdrag (van 1980) met het Verenigd Koninkrijk was een antimisbruikmaatregel opgenomen in art. 10 lid 6, 11 lid 5 en 12 lid 5. Deze maatregel beperkte de voordelen van het verdrag indien de belastingplichtige een transactie alleen had opgezet om de voordelen van het verdrag te genieten en deze transactie niet was gestoeld op bona fide zakelijke overwegingen. De hiervoor genoemde leden van art. 10, 11 en 12 worden ook wel de ‘bona fide provisions’ genoemd.¹⁷⁷ In verdrag van 2008 zijn deze bepalingen gewisseld voor de ‘purpose provisions’. De main purpose test is terug te vinden in art. 10 lid 3, art. 11 lid 5, art. 12 lid 5 en art. 20 lid 4 verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk, voor respectievelijk dividend, interest en royalty’s. Daarnaast is de bepaling ook opgenomen in het

¹⁷⁴ E.J. Van Vught, ‘De ‘main purpose test’ in het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (2008): een analyse’, *WFR* 2011/801.

¹⁷⁵ Nieuwsbericht 28-12-2010, ‘Nieuwe belastingverdragen’, <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2010/12/28/nieuwe-belastingverdragen.html>.

¹⁷⁶ Het belastingverdrag is ondertekend op 26 september 2008. Voor belastingplichtigen in Nederland is het verdrag van toepassing van ingang van 1 januari 2011. Voor belastingplichtigen in het Verenigd Koninkrijk is het verdrag van toepassing vanaf 1 januari 2011.

Zie: Nieuwsbericht 28-12-2010, ‘Nieuwe belastingverdragen’, <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2010/12/28/nieuwe-belastingverdragen.html>.

¹⁷⁷ J.H.C. Hellebrekers en J. van der Wal, ‘Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (deel I). Een overzicht en commentaar op hoofdlijnen’, *MBB* 2010/12.

artikel voor de overige inkomsten. De reden hiervoor ligt in het feit dat het Verenigd Koninkrijk een beperkter begrip voor ondernemingswinst hanteert dan Nederland.¹⁷⁸ Daarnaast draagt Schwarz aan dat derivaten onder het overige inkomstenartikel vallen en met de opname van de main purpose test in dit artikel wordt voorkomen dat de toets niet van toepassing is voor derivaten.^{179, 180} Het doel van de bepaling is het voorkomen dat dividenden vrij van heffing kunnen doorstromen naar niet-verdragslanden of naar landen met een minder gunstig verdrag door middel van een tussenhoudster.¹⁸¹ De tussenhoudster is een in het verdragsland gevestigde vennootschap die, zoals de naam als aangeeft, tussen de ‘bestaande’ structuur wordt geplaatst.¹⁸²

Ter illustratie is de tekst van art. 10 lid 3 verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk hieronder opgenomen:¹⁸³

Op grond van dit artikel is geen tegemoetkoming beschikbaar indien het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen van een persoon betrokken bij de toewijzing van de dividenden, of bij het creëren of toewijzen van de aandelen of andere rechten ter zake waarvan het dividend wordt betaald, of bij het oprichten, verwerven of in stand houden van het lichaam dat de uiteindelijke gerechtigde tot de dividenden is en de uitvoering van zijn werkzaamheden, is van de voordelen van dit artikel te profiteren. In elk geval waarin een Verdragsluitende Staat beoogt dit lid toe te passen, dient zijn bevoegde autoriteit vooraf te overleggen met de bevoegde autoriteit van de andere Verdragsluitende Staat.

Bij het vergelijken van de antimisbruikmaatregelen in het huidige en het vorige verdrag met het Verenigd Koninkrijk valt op dat de werking van de bepaling is uitgebreid. Waar de bona fide bepalingen voorheen zagen op transacties die het hoofddoel hadden te profiteren van de verdragsvoordelen, wordt in de main purpose test gesproken over *het voornaamste hoofddoel*

¹⁷⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 145, nr 3, blz. 25.

¹⁷⁹ J. Schwarz, *Schwarz on Tax Treaties*, Londen: Kluwer 2011, blz. 327.

¹⁸⁰ Derivaten zijn afgeleide financiële instrumenten, de waarde wordt afgeleid van een onderliggende waarde of variabele. Voorbeelden van derivaten zijn opties, futures en swaps.

Zie: A.B.M. Soppe, ‘Ethiek op financiële markten’, *ESB* 83^{ste} jaargang, nr. 4160, pagina 536, 3 juli 1998.

P.J.W. Duffhues en J.G. Groeneveld, *Financiële instrumenten, deel 1 financiering, belegging en risicobeheersing*, Deventer: Kluwer 1998, blz. 13.

¹⁸¹ E.J. Van Vught, ‘De ‘main purpose test’ in het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (2008): een analyse’, *WFR* 2011/801.

¹⁸² In de praktijk zal het veel voorkomen dat structuren vanaf begin af aan met tussenhoudster worden opgezet.

¹⁸³ De tekst van art. 10 lid 3 verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk is vrijwel overeenkomstig met de tekst van de main purpose test in art. 11, 12 en 20. Verschil zit uiteraard in hetgeen waar het artikel op gericht is, respectievelijk dividend, interest, royalty’s en overige inkomsten.

of een van de voornaamste doelen.¹⁸⁴ Daarnaast merkt Schwarz op dat de main purpose test de verdragsvoordelen al beperkt indien één van de betrokkene bij een transactie het hoofddoel of als één van de voornaamste doelen heeft het verkrijgen van de verdragsvoordelen.¹⁸⁵ Deze constatering is af te leiden uit de opname van de woorden ‘een persoon’ (any person) in de bepaling. *Hellebrekers* en *Van der Wal* menen dat dit in praktijk kan leiden tot een te ruime reikwijdte en tot onduidelijkheid voor de belastingplichtige over de vraag of de main purpose bepaling toepassing vind.¹⁸⁶ Ik vind het jammer dat zij dit standpunt niet verder hebben toegelicht omdat ik erg benieuwd ben naar waar zij die te ruime reikwijdte constateren. Zoals *Hellebrekers* en *Van der Wal* zelf ook al aangeven, is in de laatste volzin van de bepaling neergelegd dat voordat de voordelen van een verdrag worden geweigerd er overleg tussen beide staten moet plaatsvinden. Naar mijn idee verlicht deze slotzin de werking van de bepaling.

Tot slot nog een meer algemene opmerking met betrekking tot het verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk. *Hellebrekers* en *Van Der Wal* merken op dat er door de nieuwe antimisbruikmaatregelen in het belastingverdrag van 2008 een ongelijk speelveld is ontstaan tussen Nederland en Luxemburg. Dit is een gevolg van het feit dat het belastingverdrag Verenigd Koninkrijk – Luxemburg stamt uit 1967 en nauwelijks antimisbruikmaatregelen bevat. Het is dan ook niet vreemd dat belastingplichtigen eerder zullen kiezen voor een fiscale structuur waarbij het verdrag met Luxemburg van toepassing is. Wel geven *Hellebrekers* en *Van Der Wal* aan dat, op moment van schrijven, het Verenigd Koninkrijk in onderhandeling is met Luxemburg.¹⁸⁷ Eerlijk is eerlijk, een verdrag dat stamt uit 1967 met nauwelijks antimisbruikmaatregelen is wel aan een update toe.

5.2.3 De main purpose test in andere bilaterale verdragen

De main purpose test in het verdrag met het Verenigd Koninkrijk verschilt met soortgelijke bepalingen in andere belastingverdragen van Nederland op het punt dat in andere verdragen

¹⁸⁴ J. Schwarz, *Schwarz on Tax Treaties*, Londen: Kluwer 2011, blz. 326.

¹⁸⁵ J. Schwarz, *Schwarz on Tax Treaties*, Londen: Kluwer 2011, blz. 326.

¹⁸⁶ J.H.C. Hellebrekers en J. van der Wal, ‘Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (deel I). Een overzicht en commentaar op hoofdlijnen’, *MBB* 2010/12.

¹⁸⁷ J.H.C. Hellebrekers en J. van der Wal, ‘Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (deel I). Een overzicht en commentaar op hoofdlijnen’, *MBB* 2010/12.

geen transacties zijn toegevoegd. Ter verduidelijking hiervan is hieronder de bepaling opgenomen zoals deze is vormgegeven in art. 10 lid 4 verdrag Nederland – Egypte:¹⁸⁸

De bepalingen van het derde lid zijn niet van toepassing indien de verhouding tussen de twee lichamen hoofdzakelijk is opgezet of in stand wordt gehouden met de bedoeling om deze vermindering veilig te stellen.

Wanneer ik deze tekst vergelijk met de bepaling zoals opgenomen in het verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk gaat mijn voorkeur uit naar de scherpere en duidelijkere formulering van de uitgebreide toets in het verdrag met het Verenigd Koninkrijk. Een dergelijke vormgeving leidt naar mijn idee tot een beter begrip van de bepaling bij de belastingplichtige. In aanvulling op mijn standpunt het volgende; in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid is geschreven dat de rechtsonzekerheid die een antimisbruikmaatregel schept kan worden verkleind door het noemen van typen transacties of vennootschappen/vennootschapsrelaties te omschrijven voor welke verdragsvoordelen wel zullen worden verleend.¹⁸⁹

In het verdrag met Egypte is de main purpose test enkel terug te vinden in het dividendartikel, art. 10 lid 4, hierdoor is de werking van de bepaling ook beperkt tot dit artikel. Een soortgelijke bepaling is niet opgenomen in art. 11 en 12 respectievelijk het interest- en royalty artikel in het verdrag Nederland – Egypte. Voor Nederland heeft de opname van een main purpose test binnen het interest en het royalty artikel weinig toegevoegde waarde. Nederland heft namelijk geen bronbelasting op interest en royalty's. Er is dan ook geen noodzaak om maatregelen te treffen om misbruiksituaties te voorkomen.

5.3 De Limitation-on-benefits bepaling

5.3.1 De LOB-bepaling – doel, strekking & werking

De eerste associatie van een fiscalist bij een antimisbruikbepaling in een belastingverdrag zal waarschijnlijk de limitation-on-benefits bepaling uit het verdrag Nederland – Verenigde Staten zijn, de LOB-bepaling. Deze killer van een maatregel is te vinden in onder andere het belastingverdrag dat Nederland heeft gesloten met de Verenigde Staten. Voor niet-fiscalisten die het aandurfde dit onderzoek te lezen: *fasten your seatbelt!*

¹⁸⁸ Deze bepaling komt overeen met de main purpose test in de verdragen van Nederland met Jordanië, Kroatië, Letland, Macodonië, Malta, Marokko, Roemenië, Suriname, Tunesië en Zwitserland.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr 7, blz. 43 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

Om toegang te krijgen tot een verdrag moet er sprake zijn van inwonerschap van een van beide staten. Wie wordt aangemerkt als inwoner van een staat is vastgelegd in het woonplaatsartikel, dit is veelal art. 4 in een verdrag. Is er sprake van een inwoner, dan is er toegang tot het belastingverdrag. De LOB-bepaling borduurt hier op voort. Het houdt in dat het zijn van inwoner niet voldoende is om aanspraak te maken op verdragsvoordelen.¹⁹⁰ Nadat aan de hand van het woonplaatsartikel is vast komen te staan dat het een inwoner betreft, moet door toepassing van de LOB-bepaling worden getoetst of de inwoner ook recht heeft op de verdragsvoordelen. Kortom, de LOB-bepaling vormt een nadere uitwerking van het woonplaatsartikel en bepaalt welke inwoners recht hebben op de voordelen die het verdrag biedt.¹⁹¹ In tegenstelling tot de main purpose test is de LOB-bepaling geen *transaction-based-approach* maar een *entity-based approach*. Bij een *entity-based-approach* is het aanknopingspunt de aard en activiteiten van een persoon die gerechtigd is tot het inkomensbestanddeel.¹⁹²

De LOB-bepaling is zeer lastig leesbaar. Dit is het resultaat van het feit dat verdragspartners niet willen dat entiteiten ten onrechte geen toegang kunnen krijgen tot de verdragsvoordelen. Zo stelt de Verenigde Staten zeer strikte eisen, waarna de verdragspartner vervolgens water bij de wijn wil doen om te voorkomen dat entiteiten ten onrechte worden buiten gesloten.¹⁹³ Het balanceren tussen ‘overkill’ en ‘underkill’ komt de leesbaarheid van de bepaling helaas niet ten goede. Echter wanneer een stroomschema wordt gevolgd is de bepaling redelijk goed door te komen.¹⁹⁴ Dit brengt mij dan ook gelijk bij de kracht van de bepaling. Naar mijn idee biedt de LOB-bepaling de belastingplichtige rechtszekerheid. Door de objectieve benadering biedt de bepaling de belastingplichtige meer zekerheid dan de main purpose test kan bieden. Echter dit voordeel weegt voor iedere belastingplichtige anders. Zoals *Bender* aangeeft zal een Nederlands beursgenoteerd bedrijf de voorkeur geven aan de LOB-bepaling en heeft een buitenlands bedrijf met enige substance in Nederland meer baat bij een main purpose bepaling. Een beursgenoteerd bedrijf voldoet namelijk aan de eisen van de LOB-bepaling (beursnotering, hoofdkantoor, voldoende activiteiten in de verdragsstaat, enzovoorts) en is daardoor zeker van verdragstoepassing.¹⁹⁵ De rechtszekerheid die de bepaling biedt, is voor

¹⁹⁰ A.C.G.A.C. de Graaf, ‘Visie over de vormgeving van een ‘anti-treaty shopping’-bepaling: een alternatief’, *MBB* 2007/02.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 220, nr 3, blz. 39.

¹⁹² T. Bender, ‘Anti-misbruikregels in belastingverdragen: een balancing act’, *WFR* 2011/359.

¹⁹³ K. Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Munich: Kluwer 1997, blz. 131.

¹⁹⁴ Voor een voorbeeld van een stroomschema zie Appendix 1.

¹⁹⁵ T. Bender, ‘Anti-misbruikregels in belastingverdragen: een balancing act’, *WFR* 2011/359.

iedere belastingplichtige anders en beïnvloed de voorkeur van die belastingplichtige. Vogel zet zijn vraagtekens bij de effectiviteit van de LOB-bepaling. Volgens hem kunnen belastingadviseurs gemakkelijk om de bepaling heen plannen.¹⁹⁶

In de literatuur komt nog weleens de discussie op of de LOB-bepaling in strijd is met het Europees recht.¹⁹⁷ Tijdens de goedkeuring van het verdrag in de Tweede Kamer is eventuele strijdigheid met het EU-recht ook aan bod gekomen.¹⁹⁸ Gezien er na de publicatie en goedkeuring van het verdrag Nederland – Verenigde Staten geen negatieve reacties van de Europese Commissie zijn ontvangen, de informele reacties positief zijn en Nederland een duidelijke Europees standpunt inneemt in het Memorandum van overeenstemming, is er volgens de Staatssecretaris van Financiën geen sprake van strijd met het Europees recht.¹⁹⁹ In de literatuur blijft de discussie echter gaande of de criteria die worden gesteld in de LOB-bepaling voldoen aan het EU-recht. Gezien de afbakening van mijn onderzoek wil ik niet nader op deze discussie ingaan.²⁰⁰

5.3.2 De LOB-bepaling in het verdrag Nederland – Verenigde Staten

De LOB-bepaling kan in verschillende vormen voorkomen, waarbij de meest uitgebreide vorm is terug te vinden in art. 26 verdrag Nederland – Verenigde Staten. De Verenigde Staten hanteert een streng verdragsbeleid ten aanzien van treaty shopping. Door de opname van de LOB-bepaling moet voorkomen worden dat inwoners van derde staten, waarmee geen verdrag of een minder gunstig verdrag is gesloten, zich toegang verschaffen tot de verdragsvoordelen die enkel voor de inwoners van de verdragsluitende staten zijn bedoeld. Het uitgangspunt van de LOB-bepaling in het verdrag met de Verenigde Staten is dat niemand recht heeft op verdragsvoordelen, tenzij sprake is van een gekwalificeerd persoon. Of een belastingplichtige kan worden aangemerkt als gekwalificeerd persoon wordt bepaald aan de hand van art. 26. Een natuurlijk persoon, een Staat, een staatkundig onderdeel of een plaatselijk

¹⁹⁶ K. Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Munich: Kluwer 1997, blz. 131.

¹⁹⁷ E.C.C.M. Kemmeren, 'Anti-misbruikbepalingen in Nederlandse belastingverdragen in strijd met het EG-recht?', *TFO* 1995/78.

¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 220, nr 5, blz. 5.

¹⁹⁹ De vrijheden die de Europese Unie nastreeft bestaan pas sinds 1993. Dat de Europese Commissie ten tijde van goedkeuring van het verdrag (1992/1993) geen negatieve reactie gaf, hoeft nog niet in te houden dat de Europese Commissie vandaag de dag geen strijdigheid waarneemt.

²⁰⁰ Voor meer informatie zie:

Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr 5, blz. 5.

E.C.C.M. Kemmeren, 'Anti-misbruikbepalingen in Nederlandse belastingverdragen in strijd met het EG-recht?', *TFO* 1995/78.

A.C.G.A.C. de Graaf, 'Visie over de vormgeving van een 'anti-treaty shopping'-bepaling: een alternatief', *MBB* 2007/02.

publiekrechtelijk lichaam van een Staat krijgt toegang tot de voordelen van het verdrag op grond van art. 26 lid 2 onderdeel a en b van het verdrag Nederland – Verenigde Staten. De analyse of een lichaam toegang heeft tot de verdragsvoordelen vormt een meer ingewikkelde analyse. Deze analyse start in art. 26 lid 2 onderdeel c Verdrag en wordt in het vervolg van de leden in het artikel nader gespecificeerd. In de bijlage bij dit onderzoek is een stroomschema opgenomen met daarin de stappen die genomen moeten worden om te bepalen of er wordt voldaan aan de eisen die zijn gesteld in art. 26.²⁰¹ Daarnaast bevat de bijlage ook een stroomschema met behulp waarvan kan worden getoetst of het 0% bronbelastingtarief van toepassing is. Op basis van art. 26 lid 2 onder d, e en f worden respectievelijk bepaalde pensioenfondsen, bepaalde vrijgestelde organisaties zonder winstoogmerk en andere entiteiten / personen waarbij aanvullende eisen worden gesteld ten aanzien van de aandeelhouders. Indien er niet wordt voldaan aan de eisen die worden gesteld in art. 26, is het ook mogelijk dat de bevoegde autoriteiten in beide staten de belastingplichtige toegang verlenen tot de verdragsvoordelen. Dit is mogelijk op grond van art. 26 lid 7, als blijkt dat de vestiging in de andere staat niet is gericht op het verkrijgen van de verdragsvoordelen. Naar mijn idee vertoont art. 26 lid 7 grote overeenkomsten met de main purpose test. Door de opname van deze bepaling wordt, binnen de LOB-bepaling, getoetst aan de beweegredenen die ten grondslag liggen aan de beslissing te vestigen in de andere staat.

Nog even terug naar de LOB-bepaling zoals deze geldt voor een vennootschap. Of er toegang is tot de verdragsvoordelen wordt beoordeeld met behulp van diverse toetsen.²⁰² In het verdrag Nederland – Verenigde staten zijn dit de (I) directe beurstoets, (II) de indirecte beurstoets, (III) de aandeelhouderstoets, (IV) de afgeleide aandeelhouderstoets, (V) de activiteitentoets, (VI) de hoofdkantoorstoets en (VII) de sloop- en luchtvaarttoets. En zoals gezegd bevat het LOB-artikel daarnaast een vangnetbepaling. De toetsen wijzen uit of een lichaam aan de eisen voldoet om recht te krijgen op de verdragsvoordelen. Ik zie zelf een vergelijking met hetgeen in paragraaf 3.2 heb weergegeven ten aanzien van substance. Bij de LOB-bepaling wordt er namelijk ook gekeken of de vennootschap in de staat wordt herkend voor het recht op de verdragsvoordelen.

²⁰¹ Appendix 1.

Zie: J. Venuti, J. Connery, D. Poms and J. Blasddel, 'Eligibility for Treaty Benefits under the Netherlands-U.S. Income Tax Treaty', 26 October 2009,

http://us.kpmg.com/microsite/taxnewsflash/2009/Oct/Netherlands_Treaty.pdf.

²⁰² Appendix 1

5.3.3 De LOB-bepaling in het verdrag Nederland – Japan

Per 1 januari 2012 is het nieuwe belastingverdrag Nederland – Japan in werking getreden. In dit nieuwe belastingverdrag is een LOB-bepaling opgenomen die sterk overeenkomt met de LOB-bepaling die is terug te vinden in het verdrag Verenigde Staten – Japan.²⁰³ Van Der Vijver merkt op dat het voor Japan een standaard lijkt te zijn geworden om de LOB-bepaling op te nemen in de nieuwe belastingverdragen.²⁰⁴

Om aanspraak te kunnen maken op het verlaagde bronbelastingtarief voor dividenden, interest en royalty's moet de ontvangende partij een lichaam zijn, kwalificeren als uiteindelijk gerechtigde en voldoen aan de voorwaarden van de LOB-bepaling. Daarnaast is een verlaging van het bronbelasting tarief alleen mogelijk indien de ontvangende entiteit in het bezit is het van minimum vereiste aantal stemgerechtigde aandelen. In het verdrag met Japan is de limitation-on-benefits bepaling opgenomen in art. 20. In vergelijking met de LOB-bepaling in het verdrag Nederland – Verenigde Staten is de LOB-bepaling in het verdrag met Japan beperkter. Alleen bij het verkrijgen van bepaalde voordelen moet er worden getoetst aan de LOB-bepaling. Onder 'bepaalde voordelen' moet worden verstaan dividenden, interest, royalty's, vermogenswinsten en overige inkomsten die vallen onder art. 20 verdrag Nederland – Japan. Daarentegen is de bepaling in het verdrag met de Verenigde Staten van toepassing voor het gehele verdrag en niet beperkt tot bepaalde voordelen. Net als in het verdrag Nederland – Verenigde Staten, is ook in het verdrag met Japan de vangnetbepaling opgenomen. Indien er geen sprake is van een gekwalificeerd persoon op grond van de LOB-bepaling, dan kunnen de bevoegde autoriteiten van beide staten de belastingplichtige alsnog toegang verlenen tot de verdragsvoordelen. Hiertoe zullen zij alleen bereid zijn indien de oprichting, verwerving of instandhouding van de inwoner en de uitoefening van zijn activiteiten niet het voornaamste doel had het verkrijgen van verdragsvoordelen. Zoals eerder is geconcludeerd, is dit naar mijn idee een afgeleide van de main purpose toets binnen de LOB-bepaling. Dit doorberedenerend kom ik tot de conclusie dat ik een LOB-bepaling een meer omvattende toets vind om treaty shopping tegen te gaan dan de main purpose test. Feit blijft dat de LOB-bepaling een killer van een maatregel en zeer lastig leesbaar is. Maar als je de toets eenmaal door bent (aan de hand van een stroomschema) is het wel duidelijk of er

²⁰³ E.J. van der Vijver, 'Het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Japan', *MBB* 2010/12.

²⁰⁴ Hierbij verwijst Van Der Vijver naar de verdragen die Japan heeft gesloten met Zwitserland (Protocol van 21 mei 2010 bij het verdrag Zwitserland - Japan), Frankrijk (Protocol van 11 januari 2007 bij het verdrag Frankrijk – Japan), het Verenigd Koninkrijk (verdrag Verenigd Koninkrijk – Japan, zoals getekend op 2 februari 2006) en Australië (verdrag Australië – Japan, zoals getekend op 31 januari 2008).
Zie: E.J. van der Vijver, 'Het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Japan', *MBB* 2010/12.

recht is op de verdragsvoordelen. Bij de main purpose test blijft de belastingplichtige toch afhankelijk van de toets die de belastinginspecteur zal doorlopen. Mocht een belastingplichtige de LOB-bepaling niet doorkomen, dan is er altijd nog de mogelijkheid dat de bevoegde autoriteiten de belastingplichtige toegang verlenen tot de verdragsvoordelen.

5.3.4 De LOB-bepaling in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011

In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 is aangegeven hoe Nederland tegen de LOB-bepaling aankijkt.²⁰⁵ De bepaling wordt ervaren als zeer technisch en daardoor lastig leesbaar. Daarnaast draagt de bepaling het risico van een overkill. Het voordeel van de LOB-bepaling is de rechtszekerheid die deze biedt. Het ziet er naar uit dat Nederland de voorkeur geeft aan een meer subjectieve toets, bijvoorbeeld een main purpose test, waar per geval wordt getoetst of er recht is op de verdragsvoordelen. Een voordeel hiervan is dat er maatwerk wordt geleverd. Echter de rechtsonzekerheid neemt sterk toe indien er wordt gekozen voor een open norm benadering in plaats van een LOB-bepaling. Daarnaast wordt in de Notitie aangegeven dat de main purpose test zowel op het niveau van de transactie, als op het niveau van de entiteit kan plaats vinden. De LOB-bepaling is daarentegen altijd op het niveau van de entiteit.

De redactie van de Vakstudie Nieuws merkt op dat de LOB-bepaling voor een bepaalde groep belastingplichtige tot veel zekerheid leidt, zij zijn namelijk zeker van het recht is op verdragsvoordelen. Maar de norm wordt door de LOB-bepaling vrij hoog gelegd, hierdoor missen lichamen met minder (Nederlandse) substance het recht op de verdragsvoordelen.²⁰⁶ Naar mijn idee is dit geen nadeel te noemen indien de vangnetbepaling wordt uitgevoerd als een main purpose bepaling. De bevoegde autoriteiten kunnen dan maatwerk leveren door te toetsen of deze lichamen alsnog kwalificeren voor toepassing van de verdragsvoordelen. Ik zie het als volgt; allereerst krijgt een groep lichamen op basis van de LOB-bepaling recht op de voordelen van het verdrag, dit is een objectieve toets en leidt tot veel rechtszekerheid. Vervolgens zullen de lichamen die niet per se kwalificeren voor de verdragsvoordelen subjectief worden beoordeeld. Deze tweede stap resulteert in een groep lichamen die alsnog recht heeft op de voordelen en een groep die geen recht heeft op de verdragsvoordelen, gezien er sprake is van een structuur die is opgezet om toegang te krijgen tot de verdragsvoordelen. Indien de toets op deze manier wordt ingericht is er sprake van meer rechtszekerheid dan

²⁰⁵ *Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr 7, blz. 43 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).*

²⁰⁶ *Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr 7, blz. 44 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).*

wanneer enkel de main purpose bepaling wordt toegepast. Daarnaast wordt de overkill van de LOB-bepaling in de kiem gesmoord door de vangnetbepaling.

5.4 Deelconclusie

In hoofdstuk drie heb ik geconcludeerd dat treaty shopping een probleem vormt. Het is noodzakelijk dat er maatregelen worden getroffen om treaty shopping te bestrijden. Dit kan door bijvoorbeeld een main purpose test of LOB-bepaling in een belastingverdrag op te nemen. In dit hoofdstuk zijn de main purpose test en de limitation-on-benefits bepaling besproken.

Bij de main purpose test worden de beweegreden van de belastingplichtige beoordeeld. Indien het voornaamste doel of één van de voornaamste doelen, van een betrokkene bij de transactie, is het toegang krijgen tot verdragsvoordelen wordt deze toegang geblokkeerd. De main purpose test is een transaction-based approach. Gezien de open norm vereist de uitvoering van de main purpose test bekwame belastinginspecteurs. Zij zijn namelijk de personen die de beweegredenen van de belastingplichtige moeten toetsen. Door deze open norm brengt de opname van de maatregel in een belastingverdrag wel rechtsonzekerheid met zich mee.

De andere veelgebruikte methode om treaty shopping te bestrijden is de opname van een limitation-on-benefits bepaling in een belastingverdrag. Nadat is vast gesteld dat er sprake is van inwonerschap op basis van het woonplaatsartikel wordt de LOB-bepaling doorlopen om te zien of de inwoner recht heeft op de verdragsvoordelen. De LOB-bepaling is een entity-based approach. Door het objectieve karakter van de bepaling leidt deze tot meer rechtszekerheid dan de main purpose test. Nadeel van de LOB-bepaling is de mogelijkheid tot over- of underkill en het feit dat de bepaling slecht leesbaar is.

In het onderstaande schema heb ik de diverse voor- en nadelen van de twee toetsen inzichtelijk gemaakt.

Main-purpose test	Limitation-on-benefits
Transaction based	Entity based
Subjectieve toets	Objectieve toets
Geringe rechtszekerheid	Veel rechtszekerheid
Maatwerk	Mogelijk over- of underkill
	Complex

De voor- en nadelen van beide bepalingen tegen elkaar afwegen is vrijwel onmogelijk. De Nederlandse overheid wil de voorkeur laten afhangen van de verdragspartner. De voorkeur is afhankelijk van het belastingsysteem van de verdragspartner en de betrouwbaarheid van de belastingautoriteiten aldaar. Ook bezien vanuit de belastingplichtige is het niet mogelijk om één voorkeur aan te geven. Zoals *Bender* aangeeft zal een Nederlands beursgenoteerd bedrijf de voorkeur geven aan de LOB-bepaling, waar de rechtszekerheid die de bepaling biedt de doorslag geeft. Een buitenlands bedrijf met enige substance in Nederland zal eerder de voorkeur geven aan een main purpose test.²⁰⁷

Gezien de LOB-bepaling een vangnetbepaling bevat die naar mijn idee grotendeels overeenkomt met de main purpose test gaat mijn voorkeur uit naar een LOB-bepaling. De vangnetbepaling houdt in dat een belastingplichtige die niet wordt aangemerkt als gekwalificeerd persoon alsnog toegang tot de verdragsvoordelen krijgt indien de bevoegde autoriteiten daartoe beslissen. De autoriteiten zullen hiertoe beslissen indien de transactie niet als voornaamste doel heeft het verkrijgen van verdragsvoordelen. Het voordeel van de LOB-bepaling is naar mijns inziens dat het voor de belastingplichtige duidelijk is wanneer er aanspraak is op verdragsvoordelen. Een nadeel blijft het feit dat de LOB-bepaling lastig leesbaar is. Maar als het artikel eenmaal is doorlopen is het voor de belastingplichtige duidelijk of er recht is op de voordelen die het verdrag biedt. Die rechtszekerheid in combinatie met het maatwerk wat indien nodig kan worden geleverd door de vangnetbepaling geeft voor mij de doorslag de LOB-bepaling boven de main purpose test te verkiezen.

²⁰⁷ T. Bender, 'Antimisbruikregels in belastingverdragen: een balancing act', *WFR* 2011/539.

Hoofdstuk 6 Een verscherpte blik op een aantal verdragen

6.1 Inleiding

Mijn onderzoeksvraag is gericht op de toekomstige bilaterale verdragen die Nederland gaat sluiten. Om te bepalen welke antimisbruikmaatregelen hierbij de voorkeur genieten, wil ik, naast de afweging die ik in het vorige hoofdstuk heb gemaakt, een blik werpen op een recent verdrag dat Nederland heeft gesloten. Gezien Nederland en Duitsland elkaars belangrijkste handelspartners zijn en het verdrag zeer recentelijk is ondertekend (12 april 2012) ligt de behandeling van dit verdrag mijns inziens voor de hand.²⁰⁸

Zoals in de inleiding is aangegeven, heeft Nederland een zeer uitgebreid verdragennetwerk. Het is niet meer dan logisch dat Nederland verdragen sluit met landen als het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en de Verenigde Staten. Echter Nederland heeft ook belastingverdragen gesloten met landen die in eerste instantie minder voor de hand liggen. Zo zijn er belastingverdragen met landen in het Midden-Oosten en verdragen met verschillende laagbelaste jurisdicties (bijvoorbeeld Panama). Nader onderzoek wijst uit dat Nederland sterke economische betrekkingen heeft met deze staten.²⁰⁹ In dit hoofdstuk wil ik een blik werpen op de bilaterale belastingverdragen die met laagbelaste jurisdicties zijn gesloten. Zo komt bijvoorbeeld het verdrag met Qatar aan bod. Dit verdrag wordt in diverse fiscale publicaties aangemerkt als een bijzonder verdrag.²¹⁰

6.2 Het verdrag Nederland - Duitsland

Op 12 april 2012 heeft Staatssecretaris van Financiën Weekers namens Nederland zijn handtekening gezet onder het nieuwe belastingverdrag met Duitsland. Het verdrag treedt naar

²⁰⁸ P. Ramaekers, 'Duitsland belangrijkste handelspartner van 17 EU-landen', *CBS Webmagazine* 1 augustus 2012.

<http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/internationale-handel/publicaties/artikelen/archief/2012/2012-3661-wm.htm?RefererType=RSSItem>.

²⁰⁹ Agentschap NL, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, 'Handelscijfers Nederland – Golfstaten', geplaatst op 9 mei 2012, laatst gewijzigd op 18 juli 2012.

<http://www.agentschapnl.nl/content/handelscijfers-nederland-golfstaten>.

²¹⁰ Zie o.a.:

M. Evers, 'Belastingverdragen in beeld: een korte beschouwing van dertig jaar Nederlandse belastingverdragen', *MBB* 2011/04.

L.F. Kusters, 'Met wie sluit Nederland belastingverdragen?', *MBB* 2011/04.

H. Mooij, 'Verdragsmisbruik en het Nederlandse fiscale verdragsbeleid', *MBB* 2011/04.

verwachting op 1 januari 2014 in werking.²¹¹ Galavazi en Spierts merken op dat met name de Duitse voorkomingbepaling diverse antimisbruikbepalingen bevat.^{212, 213} Gezien de hoofdvraag van mijn onderzoek ga ik alleen in op de anti-treaty shopping maatregelen.

6.2.1 Doorwerking antimisbruikleerstukken uit de nationale wetgeving

In art. 23 verdrag Nederland – Duitsland is de doorwerking van antimisbruikleerstukken uit de nationale wetgeving geregeld. Art. 23 lid 1 luidt als volgt:

Dit Verdrag mag niet zodanig worden uitgelegd dat de verdragsluitende staten worden belet hun nationale wettelijke bepalingen ter voorkoming van het ontgaan of vrijden van belasting toe te passen.

Mijn eerste gedachte bij het lezen van deze bepaling is dat hier een soort uitzondering wordt gemaakt op het feit dat een belastingverdrag boven de nationale wetgeving staat. In het Protocol bij het verdrag Nederland – Duitsland wordt nader ingegaan op bovenstaande bepaling. Voor Nederland omvatten de wettelijke bepalingen ter voorkoming van het ontgaan en vermijden van belasting mede het leerstuk van wetsontduiking, *fraus legis*.²¹⁴ Spierts leidt uit deze korte formulering in het Protocol af dat Nederland weinig behoefte had aan een dergelijke bepaling. Duitsland geeft daarentegen onder 1 van onderdeel XV Protocol gedetailleerd weer op welke nationale antimisbruikregelingen art. 23 verdrag Nederland – Duitsland betrekking heeft: de algemene misbruiknorm (§ 42 Abgabenordnung), de anti-treaty shopping bepaling die Duitsland in haar nationale wet inkomstenbelasting heeft geïncorporeerd (§ 50d, lid 3, Einkommensteuergesetz) en haar CFC-wetgeving (§ 7 t/m 15 en § 20 t/m 22 Außensteuergesetz). Daarnaast sluit de tekst andere bepalingen niet uit.²¹⁵

In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 heeft de Staatssecretaris van Financiën de gedachte van Spierts bevestigd. Nederland geeft de voorkeur aan het bestrijden van verdragsmisbruik met maatregelen die worden getroffen in belastingverdragen, in plaats van maatregelen te

²¹¹ Nieuwsbericht 12-04-2012, 'Staatssecretaris Weekers ondertekent belastingverdrag met Duitsland', <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/04/12/staatssecretaris-weekers-ondertekent-belastingverdrag-met-duitsland.html>.

²¹² J.I.H.M. Galavazi, 'Het nieuwe belastingverdrag met Duitsland: van – onder meer – onroerende zaken, vermogensinkomsten waaronder dividenden en voorkoming', *MBB* 2012/07/08.

²¹³ E.M.S. Spierts, 'Inwonerschap, hybride entiteiten en voorkoming van misbruik in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland', *MBB* 2012/07/08.

²¹⁴ XV. Ad artikel 23 (2) Protocol bi het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, ondertekend op 12 april 2012.

²¹⁵ E.M.S. Spierts, 'Inwonerschap, hybride entiteiten en voorkoming van misbruik in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland', *MBB* 2012/07/08.

treffen in de nationale wetgeving. Dit in tegenstelling tot landen als Italië en Duitsland, waar een doorwerking van de nationale antimisbruikmaatregelen naar het belastingverdrag veelal wel mogelijk wordt geacht door de rechter.²¹⁶ *Bender* geeft aan dat het bezwaar van doorwerkende nationale antimisbruikmaatregelen is dat de regels en de invulling daarvan zich buiten het gezichtsveld en de invloedssfeer van Nederland bevinden. Ook is de rechtsonzekerheid volgens haar een wezenlijk bezwaar. Het gaat immers veelal om maatregelen met open normen die verdragsverplichtingen opzij zetten.²¹⁷

6.2.2 Overige antimisbruikbepalingen in het verdrag Nederland - Duitsland

Het nieuwe art. 22 lid 1 verdrag Nederland – Duitsland bevat een subject-to-tax-clausule. In hoofdstuk drie heb ik deze clausule al even kort aangestipt als een van de benaderingen die de OESO voorstelt om verdragsmisbruik te voorkomen. De clausule houdt in dat Duitsland alleen een vrijstelling verleent indien er in Nederland sprake is van heffing. In lid c van hetzelfde artikel is voor de Duitse fiscus de mogelijkheid opgenomen om ter vervanging een verrekeningsmethode toe te passen. Indien er sprake is van te veel passieve inkomsten die lager worden belast als gevolg van kwalificatie- of allocatieverschillen, wordt de verrekeningsmethode toegepast in plaats van de vrijstellingsmethode.

6.3 Verdragen met laagbelaste jurisdicties

In hoofdstuk twee van dit onderzoek is uiteengezet welke factoren van invloed op de beslissing of Nederland verdragsonderhandelingen start. Die factoren zijn:

1. Interactie tussen fiscale stelsels
2. Economische betrekkingen
3. Concurrentiepositie werknemers, ondernemers en investeerders
4. Samenhang met andere economische, politieke en diplomatieke factoren.²¹⁸

Gezien deze factoren is het niet vreemd dat Nederland verdragen sluit met buurlanden België en Duitsland of met (grote) handelspartners. Maar Nederland heeft de afgelopen jaren ook belastingverdragen gesloten met landen in het Midden-Oosten: de Verenigde Arabische Emiraten (2007), Bahrein (2008), Qatar (2008), Saoedi-Arabië (2008) en Oman (2009). Daarnaast heeft Nederland ook belastingverdragen gesloten met (belasting)paradijzen als

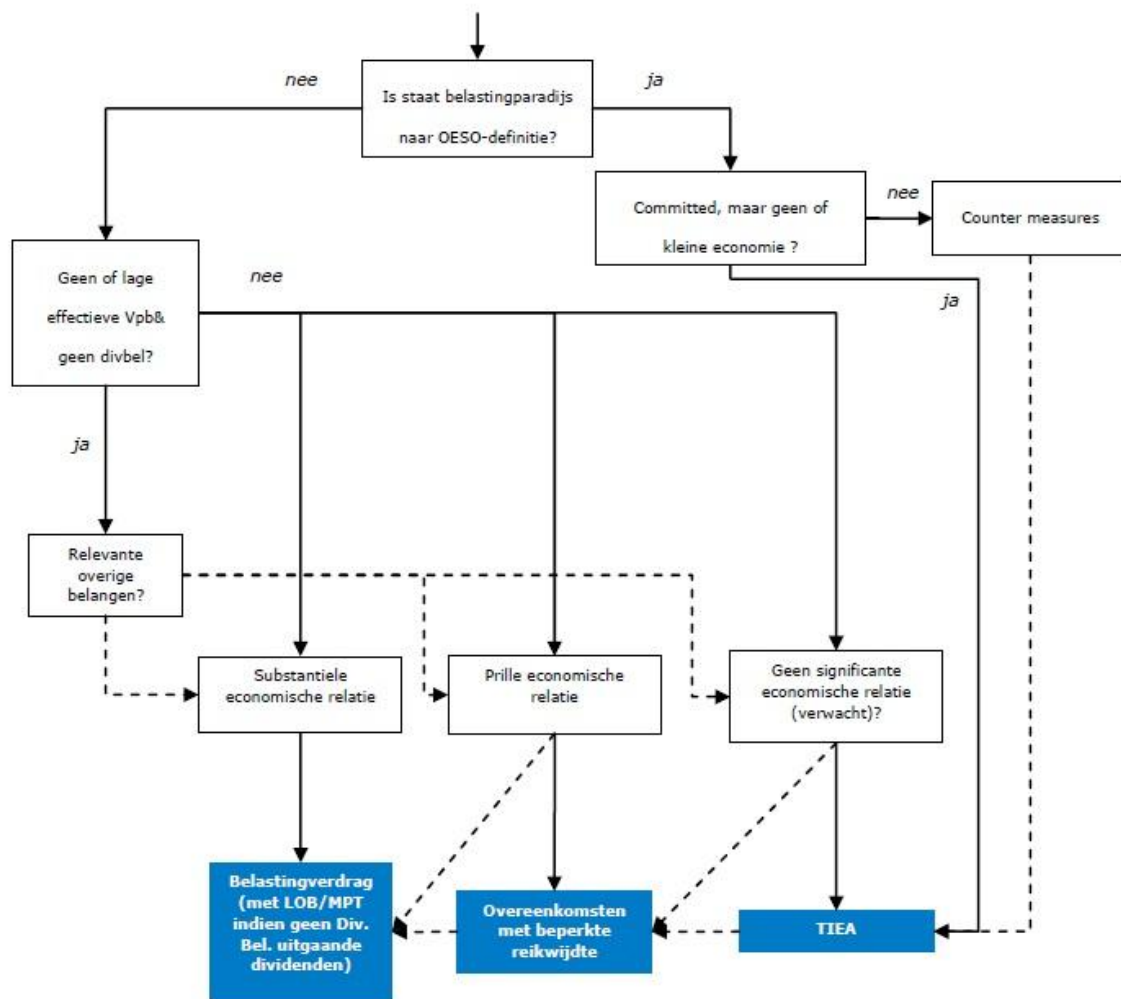
²¹⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr 7, blz. 43 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

²¹⁷ T. Bender, 'Antimisbruikmaatregelen in belastingverdragen: een balancing act', *WFR* 2011/539.

²¹⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr 7, blz. 8 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

Barbados (2006) en Panama (2010). Gezien de bijlage bij de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 kunnen deze verdragen als opvallend worden beschouwd. In de betreffende bijlage is een globaal beslisschema opgenomen met betrekking tot het aangaan van verdragen (figuur 8).²¹⁹

Figuur 8



Uit dit schema kan worden opgemaakt dat Nederland aanstuurt op een TIEA als de andere staat zich naar OESO-maatstaven kwalificeert als belastingparadijs. Het feit dat een staat geen of weinig belasting heft, is nog geen reden om deze staat aan te merken als belastingparadijs. Een staat is namelijk vrij zijn fiscale autonomie uit te oefenen. Dit houdt in dat een staat eigen

²¹⁹ Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr 7, bijlage IV (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

De toelichting die bij het schema is opgenomen is het volgende:

Schematische weergave van het beoordelingsproces voor het aangaan van een fiscale relatie met een laagbelaste staat, zie ook par. 1.2.5. De onderbroken pijlen geven alternatieve mogelijkheden c.q. doorgroeimogelijkheden voor het aangaan van verdragsrelaties.

aanknopingspunten voor belastingheffing mag kiezen. Van belang hierbij is dat de transparantie blijft gewaarborgd en de staat fiscale informatie uitwisselt met andere staten.²²⁰

Een staat is volgens de OESO aan te merken als een belastingparadijs indien cumulatief aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:²²¹

1. Geen of geringe belastingheffing (*No or only nominal taxes*);
2. Minimale uitwisseling van informatie (*lack of effective exchange of information*);
3. Minimale transparantie (*lack of effective exchange of information*);
4. Geen substantiële activiteiten (*No substantial activities*)

Hierna zal ik nader ingaan op de verdragen die Nederland heeft gesloten met de staten gelegen in het Midden-Oosten en laagbelaste jurisdicties als Barbados, Panama en Hongkong.

6.3.1 Het Midden-Oosten

In vergelijking met andere landen heffen de Verenigde Arabische Emiraten, Bahrein, Qatar, Saoedi-Arabië en Oman nauwelijks belasting. Dit komt doordat de overheid een grote opbrengst behaalt met olie- en gaswinning.²²² Bijvoorbeeld in Qatar komt 70% van de overheidsinkomsten voort uit olie- & gaswinning.²²³ Belangrijke economische betrekkingen doen Nederland toch besluiten om belastingverdragen te sluiten met de landen in het Midden-Oosten.²²⁴ Ondanks deze economische betrekkingen waren er in politiek Den Haag ten tijde van de verdragsonderhandelingen wel enige twijfels over het sluiten van belastingverdragen met de verschillende laagbelaste landen in het Midden-Oosten. Vooral de SP en PVV stelden een aantal vragen waarin hun twijfels over de belastingverdragen duidelijk naar voren kwam. Zo vroegen zij zich af of het sluiten van het belastingverdrag ertoe kan leiden dat sommigen bedrijven meer belasting moeten betalen, welke invloed de belastingverdragen zouden hebben op de Nederlandse schatkist, of het sluiten van het belastingverdrag met Qatar een lastenverlichting oplevert voor het Nederlandse bedrijfsleven, of derde landen kunnen profiteren van de voordelen van het verdrag en in welke situaties het verdrag voorziet in een

²²⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7, bijlage II, onderdeel II.5 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

²²¹ OESO, *Harmful tax competition: an emerging global issue*, Parijs: OESO 1998, blz. 22 e.v.

²²² M. Evers, 'Belastingverdragen in beeld: een korte beschouwing van dertig jaar Nederlandse belastingverdragen', *MBB* 2011/04.

²²³ Organisation of the Petroleum Exporting Countries (OPEC), www.opec.org, 8 augustus 2012.

http://www.opec.org/opec_web/en/about_us/168.htm

²²⁴ L.F. Kusters, 'Met wie sluit Nederland belastingverdragen?', *MBB* 2011/04.

verlaging van de het percentage dividendbelasting in Nederland.²²⁵ Hoewel toenmalig Staatssecretaris van Financiën De Jager niet exact wist wat de budgettaire effecten zouden zijn, wist hij de kritische vragen naar mijn idee goed te responderen. Zo leidt een belastingverdrag doorgaans niet tot een hogere heffing voor een bedrijf. Een belastingverdrag verdeelt namelijk het heffingsrecht en het kan geen heffingsrecht creëren. De Staatssecretaris geeft aan dat de ervaring leert dat na het sluiten van een belastingverdrag de economische betrekkingen met een land zich doorgaans in positieve zin ontwikkelen. Op de vraag of derde landen kunnen profiteren van de voordelen van het verdrag is het antwoord het volgende: teneinde zeker te zijn dat alleen de inwoners van de staten recht krijgen op de verdragsvoordelen zijn er diverse waarborgen in het verdrag opgenomen. Als voorbeeld worden onder andere de uiteindelijk gerechtigde bepaling en de main purpose test aangehaald.²²⁶

In de verdragen met Qatar en Bahrein zijn dus diverse maatregelen getroffen om misbruik tegen te gaan. *Mooij* omschrijft het zelfs als een bonte variëteit aan antimisbruikmaatregelen.²²⁷ Zo komt in het verdrag met Bahrein een LOB-bepaling voor.²²⁸ Daarentegen is in het verdrag met Qatar de main purpose test terug te vinden. Daarnaast moet in beide verdragen, Nederland – Qatar en Nederland – Bahrein, sprake zijn van een uiteindelijk gerechtigde voor de toepassing van het verlaagde bronbelastingtarief. Naast de antimisbruikmaatregelen die in dit onderzoek al eerder de revue zijn gepasseerd, is in het belastingverdrag met Bahrein een subject-to-tax clause (een onderworpenheidstoets) opgenomen. Als een lichaam dat een inwoner is van Nederland een dividend uitkeert aan een lichaam dat de uiteindelijk gerechtigde is en waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld en onmiddellijk ten minste 10% bezit van het kapitaal van het lichaam dat de dividenden betaalt, wordt de bronbelasting verlaagd naar 0%. Dit staat in art. 10 lid 2 onderdeel a Verdrag Nederland – Bahrein. Art. 10 lid 9 van het verdrag maakt deze verlaging van bronbelasting ongedaan indien de belastingdruk in Bahrein minder dan 10%. Enkel indien sprake is van een kwalificerende inwoner van Bahrein kan een uitzondering worden gemaakt op deze regel. Deze subject-to-tax-clausule is mijns inziens noodzakelijk indien de verdragspartner een laagbelaste jurisdictie is. Zo wordt voorkomen dat Nederland, als

²²⁵ *Kamerstukken I* 2009/10, 31 764 en 31 824, C.

²²⁶ *Kamerstukken I* 2009/10, 31 764 en 31 824, C.

²²⁷ H. Mooij, 'Verdragsmisbruik en het Nederlandse fiscale verdragsbeleid', *MBB* 2011/04.

²²⁸ De LOB-bepaling in het verdrag met Bahrein is beperkter dan de hiervoor besproken LOB-bepaling die is opgenomen in het verdrag Nederland – Verenigde Staten.

bronland, de bronheffing verlaagt en het object in het woonland niet of nauwelijks wordt belast.

Met betrekking tot de verdragen die Nederland heeft gesloten met landen gelegen in het Midden-Oosten wil ik als laatste ingaan op de regeling van art. III Protocol bij het verdrag Nederland – Qatar. Daar staat het volgende:

Where:

- a) *the place of effective management of a person is situated in a Contracting State, and has been situated in the other State at any time in the preceding 3 years; and*
- b) *at any time during a period of 12 months prior to situation of place of effective management in the first-mentioned State, the assets of such person consisted principally of liquid assets,*

paragraph 4 shall not apply, unless it is determined by mutual agreement between the competent authorities of the Contracting States that the main purpose or one of the main purposes of the transfer of the place of effective management was for bona fide commercial reasons.

Mooij geeft aan dat hij zijn vraagtekens zet bij deze maatregel. Hij vraagt zich af waarom er uitgerekend in Qatar zo'n hoog risico bestaat op de zetelverplaatsing van kasgeld-bv's dat hiervoor een speciale verdragsregeling noodzakelijk is.²²⁹ De regeling in het Protocol sluit aan bij art. 4 lid 4 van het verdrag. Hierin wordt de woonplaats voor verdragstoepassing bepaald indien een lichaam inwoner is van beide staten. Indien het vermogen van een lichaam, in het tijdvak van 12 maanden voorafgaand aan de zetelplaatsing, op enig moment uit hoofdzakelijk liquide middelen bestaat en de zetel van de vennootschap is minder dan drie jaar geleden verplaatst van de ene verdragstaat naar de andere wordt verondersteld dat hier geen zakelijke overwegingen aan ten grondslag liggen. Omdat Qatar geen bronbelasting op dividenden heft, wordt er aangenomen dat de transactie is gericht op het ontwijken van dividendbelasting. In onderling overleg kunnen de belastingautoriteiten beslissen dat de transactie was gestoeld op zakelijke, bonafide redenen. Als dat het geval is, wordt de woonplaats bepaald aan de hand van art. 4 verdrag Nederland – Qatar. Indien de belastingplichtige geen zakelijke reden kan aandragen ter onderbouwing van de verplaatsing van het lichaam, wordt het lichaam geacht te zijn gevestigd in de staat waar deze voor verplaatsing was gevestigd. Naar mijn idee is deze

²²⁹ H. Mooij, 'Verdragsmisbruik en het Nederlandse fiscale verdragsbeleid', *MBB* 2011/04.

regeling niet verkeerd gezien de gedachte erachter. In Qatar wordt geen bronbelasting op dividend geheven, door een verplaatsing van het lichaam kunnen dividenden vrij van belasting uitgekeerd worden. Zoals *Mooij* al aangeeft is deze regeling alleen terug te vinden in het verdrag met Qatar en vandaar een vreemde eend in de bijt. Het verdrag met Qatar is echter nog vrij recent en het zal mij dan ook niet verbazen als Nederland er naar streeft deze maatregel op te nemen in nieuwe verdragen waarbij deze transactie als een risico wordt beschouwd.²³⁰

6.3.2 (Belasting)paradijzen

Nederland heeft ook belastingverdragen gesloten met landen die naar de mening van sommigen zich kwalificeren als belastingparadijs.²³¹ Zo is in 2006 een eerste belastingverdrag met Barbados gesloten, in 2010 een belastingverdrag gesloten met Hongkong en in datzelfde jaar is het belastingverdrag met Panama getekend.²³²

Mooij merkt op dat sommige antimisbruikmaatregelen slechts eenmalig in belastingverdragen voorkomen, zoals art. 27 lid 3 verdrag Nederland – Hongkong.²³³ In art. 27 verdrag Nederland – Hongkong is vastgelegd dat verdragsluitende staten het recht behouden hun nationale wet- en regelgeving toe te passen indien het betrekking heeft op het ontgaan van belastingen. Een soortgelijke bepaling is eerder in dit hoofdstuk ook al aan bod gekomen bij de bespreking van het nieuwe verdrag Nederland – Duitsland. De toevoeging waar *Mooij* op doelt is te vinden in het derde lid. Daar is bepaald dat de regeling inzake de buitenlandse belastingplicht voor inkomen uit aanmerkelijk belang zich kwalificeert als “wetgeving en maatregelen inzake het

²³⁰ In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 wordt er niet over deze specifieke regeling gezegd, wel worden Qatar en Bahrein aangehaald wanneer de Staatssecretaris van Financiën spreekt over de fiscale autonomie van staten. Indien de fiscale autonomie van een staat zo is ingericht dat deze staat is aan te merken als een laagbelaste staat moet Nederland de afweging maken of de verdragsonderhandelingen worden gestart. Het sluiten van een belastingverdrag met een laagbelaste staat kan resulteren in uitholling van de belastinggrondslag in Nederland of in een derde staat, waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten. Logischerwijs kan gesteld worden dat dit het verdragenennetwerk van Nederland geen goed doet.

Zie: *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr 7, blz. 9 (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

²³¹ Hiervoor heb ik beschreven wanneer er volgens de OESO sprake is van een belastingparadijs. Echter een eenduidige definitie voor belastingparadijs bestaat er niet. Voor een uitgebreidere behandeling van dit onderwerp verwijs ik naar:

M. Evers, A.C.G.A.C. de Graaf en A.J.A. Stevens, ‘Zembla-uitzending ‘Nederland belastingparadijs’ nader beschouwd’, *MBB* 2011/02.

²³² Deze landen kennen een geheel of gedeeltelijk territoriaal regime en worden daarom door sommigen aangemerkt als belastingparadijs.

Zie: M. Evers, ‘Belastingverdragen in beeld: een korte beschouwing van dertig jaar Nederlandse belastingverdragen’, *MBB* 2011/04.

²³³ H. Mooij, ‘Verdragsmisbruik en het Nederlandse fiscale verdragsbeleid’, *MBB* 2011/04.

ontgaan van belastingen”.²³⁴ Gezien de beperkte toegevoegde waarde ten aanzien van de hoofdvraag van dit onderzoek ga ik hier niet nader op in. Wel moet Nederland er naar mijn idee naar streven zo min mogelijk eenmalige bepalingen op te nemen in verdragen. Uiteraard is dit soms onvermijdelijk gezien iedere verdragspartner een ander belastingsysteem hanteert en Nederland heeft aangegeven te streven naar maatwerk.

6.4 Deelconclusie

De hoofdvraag van mijn onderzoek luidt: welke van de door Nederland in bilaterale verdragen opgenomen bepalingen om treaty shopping tegen te gaan geniet de voorkeur om ook in toekomstige verdragen te worden opgenomen? In het voorgaande hoofdstuk heb ik nader onderzoek gedaan naar de main purpose test en de LOB-bepaling. In dit hoofdstuk wilde ik nagaan welke antimisbruikbepalingen Nederland heeft opgenomen in een recent verdrag. Hiervoor heb ik gekozen voor het verdrag met Duitsland, de grootste handelspartner van Nederland. Het nieuwe verdrag zal naar verwachting op 1 januari 2014 in werking treden. In art. 23 verdrag Nederland – Duitsland is een bepaling opgenomen die regelt dat antimisbruiklerstukken uit de nationale wet kunnen doorwerken naar het verdrag. In tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland en Italië, is Nederland is hier geen groot voorstander van. De bezwaren die kleven aan deze maatregel is dat invulling van de maatregel zich mogelijk buiten het gezichtsveld en de invloedssfeer van Nederland afspeelt en de bepaling leidt tot rechtsonzekerheid. Dit komt doordat nationale antimisbruiklerstukken vaak een open norm hebben.

In dit hoofdstuk heb ik ook een blik geworpen op een aantal bijzondere verdragen, waarbij ‘bijzonder’ uitgelegd kan worden als ‘niet voor de hand liggend’. Denk hierbij aan verdragen met landen in het Midden Oosten en laagbelaste jurisdicties als Panama. Nader onderzoek leert dat Nederland goede economische betrekkingen heeft met deze landen. In het Midden-Oosten komt een groot deel van de overheidsinkomsten voort uit de winning van olie- en gas. Hierdoor is er geen noodzaak hoge belastinginkomsten te genereren en is het belastingtarief veelal laag. Ook Panama en Barbados kennen een zeer gunstig belastingtarief. Naar OESO-maatstaven kwalificeren deze landen zich als belastingparadijzen. Indien Nederland verdragen

²³⁴ De buitenlandse belastingplicht voor een aanmerkelijk belang is geregeld in art. 17 lid 3 onderdeel b juncto artikel 17a lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969. In de bepaling van art. 27 lid 3 verdrag Nederland – Hongkong is toegevoegd dat ook een gelijke of in wezen gelijksoortige bepaling die deze artikelen vervangen kwalificeert als wetgeving en maatregelen inzake het ontgaan van belasting.

sluit met laagbelaste jurisdicties ben ik van mening dat de verdragen een subject-to-tax-clausule moeten bevatten. Door deze maatregel op te nemen in het verdrag wordt voorkomen dat Nederland heffingsrechten inlevert (door een verlaging van bronbelasting) ten aanzien van een object dat in de woonstaat niet of nauwelijks wordt belast.

Hoofdstuk 7 Treaty shopping maatregelen in de Europese richtlijnen

7.1 Inleiding

Het is misschien iets ver gezocht maar ik denk dat de Europese Unie kan worden gezien als een voorbeeld van een toekomstige wereldwijde situatie. Hiermee doel ik op het alsmaar breder wordend wereldwijde netwerk van verdragen. Maar ook ten aanzien van de verbeteringen die worden geboekt op het gebied van informatie uitwisseling en het verlenen van bijstand bij invordering.

In de voorgaande hoofdstukken zijn bepalingen onderzocht die in het OESO-Modelverdrag en in bilaterale belastingverdragen zijn opgekomen ter voorkoming van treaty shopping. Het doel van dit hoofdstuk is een vergelijking maken van de antimisbruikmaatregelen die zijn opgenomen in de Europese richtlijnen en de bepalingen die in de voorgaande hoofdstukken zijn besproken. Gezien de eerder besproken antimisbruikmaatregelen vooral zien op dividend, interest en royalty geldstromen, beperk ik mij tot de behandeling van de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- & Royalty richtlijn.²³⁵ Net als belastingverdragen dienen de richtlijnen dubbele belasting te voorkomen. Gezien dit overeenkomstige doel wil ik binnen mijn onderzoek een blik werpen op de hiervoor genoemde richtlijnen.

Wellicht ten overvloede; nationale antimisbruikbepalingen die zijn getoetst aan het Europees Recht laat ik buiten beschouwing. Dit gaat mijn onderzoek naar maatregelen binnen belastingverdragen te buiten. Ter introductie start ik dit hoofdstuk met een korte beschrijving van de ontstaansgeschiedenis van de Europese Unie (hierna: EU) en de ontwikkeling van het Europees belastingrecht.

7.2 De Europese Unie

Enige jaren na de Tweede Wereldoorlog werden de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (1951) en de Europese Economische Gemeenschap (1958) opgericht. Deze organisaties vormden de basis voor de Europese Unie. In 1992 is het Verdrag van Maastricht ondertekend

²³⁵ Zoals in de inleiding is aangegeven laat ik de BTW-richtlijn buiten beschouwing. Ook de fusierichtlijn en de spaartegoedenrichtlijn laat ik buiten beschouwing. Ik kies ervoor de richtlijnen te behandelen die in de lijn van mijn onderzoek liggen. Gezien de treaty shopping maatregelen in verdragen veelal betrekking hebben op de dividend, interest en royalty uitkeringen / betalingen richt ik mij op de Moeder-dochterrichtlijn en de Richtlijn interest en royalty's.

en sinds 1993 is de Europese Unie een feit. Het doel van de Europese Unie was toentertijd vooral het bevorderen van de economische samenwerking. Momenteel is de samenwerking niet meer beperkt tot het economisch beleidsterrein, maar wordt er op Europees niveau samengewerkt op alle beleidsterreinen. Sinds 1993 zijn ook de vier vrijheden een feit: vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal.²³⁶ Momenteel zijn er 27 landen aangesloten bij de Europese Unie.²³⁷

De verdragen die binnen de Europese Unie van toepassing zijn, zijn door de lidstaten op een vrijwillige en democratische wijze tot stand gebracht.²³⁸ Een EU-verdrag is een bindende overeenkomst tussen de EU-lidstaten. In de EU-verdragen zijn de doelstellingen van de Europese Unie gedefinieerd en zijn de regels voor EU-instellingen vastgelegd. Daarnaast is in de verdragen het besluitvormingsproces en de betrekkingen tussen de Europese Unie en de EU-landen geformuleerd. Deze verdragen, die de basis- en grondregels bevatten, vormen de primaire wetgeving.

Naast het primair recht is er ook secundaire wetgeving. In deze categorie vallen de verordeningen, besluiten en richtlijnen. Een verordening is voor de gehele Europese Unie van toepassing en is een bindend besluit. Een afgezwakte vorm is een richtlijn. Dit is een wettelijk besluit waarin is vastgelegd welk doel alle EU-lidstaten moeten bereiken. Hoe zij dit doel gaan bereiken, mag iedere lidstaat zelf beslissen. Vervolgens is er een beschikking, deze is rechtstreeks van toepassing en betreft degene tot wie zij gericht is. De afgezwakte vorm van een beschikking is de aanbeveling. Een aanbeveling is niet bindend. Als laatste heeft een Europese instelling de mogelijkheid een advies uit te brengen. Een advies kan worden omschreven als een niet-bindende verklaring van een van de EU-instellingen.²³⁹ De secundaire wetgeving heeft als doel de doelstellingen die in verdragen worden gesteld te verwerkelijken.

²³⁶ European Union, www.europa.eu, 30 september 2012.

http://europa.eu/about-eu/basic-information/index_nl.htm

²³⁷ Voor meer informatie betreft de ontstaansgeschiedenis van de Europese Unie verwijs ik U naar de officiële website van Europa: www.europa.eu.

²³⁸ Belangrijke EU-verdragen zijn bijvoorbeeld het Verdrag met Lissabon, Verdrag van Nice, Verdrag van Amsterdam, Verdrag betreffende de Europese Unie (Verdrag van Maastricht), Europese Akte, Fusieverdrag (Verdrag van Brussel), Verdragen van Rome.

Zie: http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/treaties/index_nl.htm.

²³⁹ European Union, www.europa.eu, 30 september 2012.

http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/legal-acts/index_nl.htm.

7.3 Europees belastingrecht

Hoewel er plannen zijn voor een vennootschapsbelasting op Europees niveau in de vorm van een common consolidated corporate tax base, ook wel CCCTB genoemd, vind de heffing van belastingen momenteel op nationaal niveau plaats. Binnen de diverse belastinggebieden bepaalt de nationale overheid hoe een belastingstelsel wordt ingericht. Binnen deze nationale keuzevrijheid is er voor de Europese Unie wel een rol weggelegd. De EU controleert of de keuzes die nationale overheden maken billijk zijn voor de Europese Unie als geheel. Het feit dat nationale overheden zelf bevoegd zijn hun belastingstelsel in te richten resulteert in een variëteit aan antimisbruikmaatregelen. Denk bijvoorbeeld aan de renteaftrekbeperkingen in Nederland of de Controlled Foreign Company wetgeving (hierna: CFC-wetgeving) in het Verenigd Koninkrijk. Deze antimisbruikmaatregelen mogen geen inbreuk vormen op de vier vrijheden.²⁴⁰ Voor de btw ligt het anders. Een adequate btw-heffing is van groot belang voor een juiste werking van de interne markt en eerlijke concurrentie. Vandaar dat er vanuit de Europese Unie meer bemoeienis is met betrekking tot de heffing van btw. Zo is er een minimum btw tarief ingevoerd en zijn er regels gesteld met betrekking tot de toepassing van de btw.

Het openstellen van de grenzen en het vrij verkeer van personen, diensten, goederen en kapitaal geeft de belastingplichtige de mogelijkheid belastingen te ontduiken. Bijvoorbeeld door spaargeld in een andere lidstaat op de bank te zetten zonder dit aan te geven in de woonstaat. Het staat een belastingplichtige vrij om spaargelden in het buitenland onder te brengen, echter indien dit niet wordt aangegeven is er sprake van belastingontduiking. Binnen de Europese Unie zijn er dan ook regels opgesteld met betrekking tot het uitwisselen van informatie. Dit is in hoofdstuk drie ook al kort aan bod gekomen. Indien een lidstaat aangeeft hier niet aan mee te willen werken en de anonimiteit van de spaarder te willen waarborgen, wordt er gezocht naar een andere oplossing. Bijvoorbeeld het heffen van een bronbelasting die deels toekomt aan de woonstaat van de spaarder.²⁴¹

In 2006 heeft de Europese Commissie een mededeling uitgevaardigd betreft de coördinatie en verbetering van de werking van de ongeharmoniseerde directe belastingstelsels van de lidstaten. De mededeling is gericht op coördinatie en niet op harmonisatie, hetgeen ooit bereikt moet worden met behulp van de invoering van de CCCTB. De Commissie verstaat

²⁴⁰ De vrijheid van kapitaalverkeer is de enige vrijheid die ook toepassing vindt ten aanzien van derde landen.

²⁴¹ European Union, www.europa.eu, 30 september 2012.
http://europa.eu/pol/tax/index_nl.htm

onder een coherente en gecoördineerde fiscale behandeling onder andere het voorkomen van een heffingsvacuüm en misbruik. Zoals in de mededeling is weergegeven leidt een gebrek aan coördinatie mogelijk tot een heffingsvacuüm en wordt er meer mogelijkheden geboden misbruik te maken van de belastingstelsels. Dit heeft tot gevolg dat de billijkheid en het evenwicht van de belastingstelsels van de lidstaten worden ondergraven. Kortom, misbruik doet afbreuk aan de belangen van de interne markt. De Europese Commissie geeft aan dat het probleem moet worden aangepakt door te streven naar een betere coördinatie van de nationaalrechtelijke bepalingen en een betere samenwerking op handhavinggebied.²⁴²

Zoals in de mededeling van 2006 al werd aangekondigd kwam de Europese Commissie een jaar later met een mededeling enkel en alleen over antimisbruikmaatregelen. Het doel van de Europese Commissie is duidelijk; er moet een evenwichtig worden gevonden tussen enerzijds het algemeen belang van misbruikbestrijding en anderzijds voorkomen dat grensoverschrijdende activiteiten binnen de Europese Unie disproportioneel worden beperkt. Daarnaast wil de Commissie naar een betere coördinatie toe ten aanzien van antimisbruikmaatregelen en derde landen. Op deze manier moet de belastinggrondslag van de Europese lidstaten worden beschermd.²⁴³

7.4 Antimisbruikmaatregelen in de Europese richtlijnen

In het hierna volgende deel onderzoek ik welke antimisbruikmaatregelen zijn getroffen in de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest- & Royaltyrichtlijn.

7.4.1 Moeder-dochterrichtlijn

De Moeder-dochterrichtlijn is een gemeenschappelijke fiscale regeling voor moeder- en dochtervennootschappen uit verschillende lidstaten.²⁴⁴ De richtlijn draagt bij aan een verbetering van de interne markt, vooral met betrekking tot de vrijheid van kapitaal en de vrijheid van vestiging.²⁴⁵ Indien aan de voorwaarden zoals genoemd in art. 2 en 3 Moeder-

²⁴² Mededeling Commissie van de Europese Gemeenschappen, 'Coördinatie van de directebelastingstelsels van de lidstaten op de interne markt', Brussel 19 december 2006, COM(2006) 823.

²⁴³ Mededeling Commissie van de Europese Gemeenschappen, 'Antimisbruikmaatregelen op het gebied van directe belastingen – toepassing in de EU en ten aanzien van derde landen', Brussel 10 december 2007, COM(2007) 785.

²⁴⁴ Richtlijn van de Raad van 23 juli 1990. Laatstelijk gewijzigd bij de Richtlijn 2006/98/EG van 20 november 2006 (Pb. 2006, L363).

²⁴⁵ B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, FED Fiscale Studieris 29, Deventer: Kluwer 2008, blz. 225.

dochterraichtlijn wordt voldaan mag de bronstaat geen bronbelasting heffen op uitgaande dividenden. Daarnaast mag de woonstaat van de moedervernootschap de ingekomen dividenden niet in de belastingheffing betrekken. Indien de moedervernootschap deze dividenden wel belast, is er namelijk sprake van een economisch dubbele belasting.²⁴⁶ In art. 1 lid 2 wordt aangegeven dat de richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken. Dit houdt in dat, ook al wordt aan de voorwaarden voldaan, de voordelen die de richtlijn biedt worden geweigerd of gelimiteerd in het geval er sprake is van misbruik. In de Moeder-dochterraichtlijn wordt er geen autonoom begrip van misbruik gegeven.

Door de bepaling in art. 1 lid 2 Moeder-dochterraichtlijn zijn lidstaten gedwongen maatregelen te treffen om te verzekeren dat de richtlijn enkel toepassing vindt voor bonafide structuren. Zo kan een lidstaat eisen dat de dochtervernootschap niet is gevestigd in een laag belaste jurisdictie, geen gebruik maakt van een speciaal belastingregime of er geen sprake mag zijn van een doorstroomlichaam. Het feit dat de richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik houdt voor Nederland in dat het *fraus legis* leerstuk kan worden toegepast. Art. 1 lid 2 Moeder-dochterraichtlijn ziet namelijk op zowel het geschreven als het ongeschreven recht.²⁴⁷

Nederland kan dus het *fraus legis* leerstuk toepassen en wordt hier niet gehinderd door de Moeder-dochterraichtlijn. *Fraus legis* is niet in de wet opgenomen, maar is in de jurisprudentie ontwikkeld.²⁴⁸ *Fraus legis* leidt tot substitutie. Dit houdt in dat een handeling die is gedaan en buiten het toepassingsbereik van een regel valt wordt gesubstitueerd met een soortgelijke handeling die wel binnen het toepassingsbereik valt. Een belangrijke voorwaarde voor de toepassing van *fraus legis* is dat de gedane handeling puur en alleen is gericht op het ontgaan van belastingheffing.²⁴⁹ Daarbij wordt de voorwaarde gesteld dat doel en strekking van de wet worden miskend indien de transactie of handeling wordt toegestaan.²⁵⁰

²⁴⁶ Bij twee personen wordt over hetzelfde object (dividenden) door twee verschillende instanties belasting geheven.

²⁴⁷ (Ondere redactie van) P.A.G.M. Cools, E.A. Visser en L.G. Zuliani, 'Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht', Kluwer (Online).

²⁴⁸ M.C.M. de Kroon, J.H.P.M. Raaijmakers, F.H.H. Sijbers en H. Vermeulen, *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

²⁴⁹ Deze voorwaarden zijn af te leiden uit de jurisprudentie, het 'driedagenarrest' vormt de basis voor het *fraus legis* leerstuk. Zie: HR 26 mei 1926, *NJ* 1926, 723.

²⁵⁰ HR 21 november 1984, nr. 22 092, *BNB* 1985/32.

Het Verenigd Koninkrijk heeft de mogelijkheid CFC-heffing toe te passen. Dit is een bijheffing op het niveau van de moedervernootschap indien de dochtervernootschap is gevestigd in een laagbelaste jurisdictie. Hoewel ik zoals eerder beargumenteerd niet wil in gaan op nationale antimisbruikmaatregelen en mogelijke strijdigheid met het EU-recht, wil ik toch kort stil staan bij het arrest Cadbury Schwepps. Dit is interessant omdat in dit arrest van het Hof van Justitie een grens wordt aangegeven tussen geoorloofde planning en ongeoorloofde ontwijking. In de zaak Cadbury Schwepps werd de vraag gesteld of de CFC-wetgeving verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.²⁵¹ Volgens het HvJ EU is er sprake van een belemmering van het recht van vrijheid van vestiging. Deze belemmering wordt echter gerechtvaardigd indien er een volstrekt kunstmatige constructie is opgezet waarbij er geen verband is met de economische realiteit. Het doel van de constructie is het vermijden van de belasting die normaliter verschuldigd zou zijn ten aanzien van de activiteiten. Voor toepassing van CFC-heffing zal in beginsel dus moeten worden gekeken naar de beweegredenen van de belastingplichtige. Alleen wanneer het een volstrekt kunstmatige constructie betreft is een bijheffing gerechtvaardigd.

Ten aanzien van de Moeder-dochterrichtlijn kom ik tot de conclusie dat de antimisbruikmaatregel kan worden vergeleken met art. 23 lid 1 verdrag Nederland – Duitsland. Beide bepalingen sluiten het toepassen van nationale wettelijke bepalingen ter voorkoming van misbruik niet uit. Een vergelijking met de main purpose test of LOB-bepaling kan ik echter niet maken. Wanneer ik een stap verder kijk naar nationale maatregelen zie ik wel een vergelijking met de main purpose test. Zowel in het Nederlandse *fraus legis* leerstuk als bij de Engelse CFC-heffing worden de hoofddoelen van de belastingplichtige getoetst. Echter het is ook mogelijk dat een lidstaat een meer objectieve maatregel heeft getroffen die door art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn doorwerkt naar de richtlijn.

7.4.2 Interest- & Royalty richtlijn

De richtlijn beoogt, indien aan de voorwaarden is voldaan, interest en royalty's vrij te stellen van bronheffing dan wel belastingheffing bij wege van aanslag.²⁵² De richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale over verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik. Dit staat in art. 5 lid 1 Interest- & Royalty richtlijn en is identiek aan

²⁵¹ *HvJ EU* 12 september 2006, zaak C-196/04, *BNB* 2007/54.

²⁵² (Ondere redactie van) P.A.G.M. Cools, E.A. Visser en L.G. Zuliani, 'Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht', Kluwer (Online).

art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn. Gezien de behandeling van deze bepaling in de paragraaf hiervoor, wil ik hier verder geen woorden aan vuil maken. In art. 5 lid 2 Interest- & Royalty richtlijn staat dat een lidstaat het genot van de richtlijn mag ontzeggen of weigeren de richtlijn toe te passen indien transacties als voornaamste beweegreden of een van de voornaamste beweegredenen hebben het frauderen, ontwijken of misbruiken.²⁵³ Volgens *Van der Linde* en *Lamers* lijkt deze bepaling een communautaire antimisbruikmaatregel te zijn. Een soort vangnetbepaling indien nationale regelingen ontbreken of ontoereikend zijn.²⁵⁴ De bepaling is naar mijn idee vergelijkbaar met een main purpose test. Het is een subjectieve toets. Wanneer de (of een van de voornaamste) beweegredenen van de belastingplichtige is het frauderen, ontwijken of misbruik zal hem de toegang tot de voordelen die de richtlijn biedt worden ontzegd.

Naast de bepalingen die zijn opgenomen in art. 5 Interest- & Royalty richtlijn, wordt ook het begrip uiteindelijk gerechtigde diverse malen genoemd. Uitkeringen worden enkel vrijgesteld indien de onderneming in een andere lidstaat, of een in de lidstaat gelegen vaste inrichting van een onderneming in een andere lidstaat, is aan te merken als de uiteindelijk gerechtigde tot de interesten en royalty's. Dit staat in art. 1 lid 1 van Interest- & Royalty richtlijn. In art. 1 lid 4 en 5 Interest- & Royalty richtlijn staat wie er als de uiteindelijk gerechtigde kwalificeert. De woorden 'ten gunste' worden echter niet nader gespecificeerd. *Linde* en *Lamers* merken op dat het begrip door rechtspraak ingevuld moet worden. In hoeverre hier een vergelijking kan worden gemaakt met het OESO-Modelverdrag is nog de vraag.²⁵⁵ Naar mijn idee is deze vergelijking wel degelijk te maken. Ik zie niet in waar hier een verschil in kan zitten. In het modelverdrag, de bilaterale verdragen en in de richtlijn moet de opname van het begrip uiteindelijk gerechtigde voorkomen dat een tussenpersoon de verdragsvoordelen claimt terwijl een andere entiteit economisch gezien recht heeft op het (dividend /) interest of royalty's. De ontwikkelingen omtrent de uiteindelijk gerechtigde in het OESO-Modelverdrag en de bilaterale verdragen kunnen mijns inziens dan ook worden doorgetrokken naar de Interest & Royalty richtlijn.

²⁵³ Een vergelijkbare bepaling is terug te vinden in art. 15 lid 1 onderdeel a Fusierichtlijn. Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009.

²⁵⁴ R.W. van der Linde en A.W.G. Lamers, 'De interest- & royaltyrichtlijn', *WFR* 2004/349.

²⁵⁵ R.W. van der Linde en A.W.G. Lamers, 'De interest- & royaltyrichtlijn', *WFR* 2004/349.

7.5 Deelconclusie

Hoewel Europese lidstaten de vrijheid hebben hun eigen belastingsysteem in te richten, controleert de Europese Unie wel of het gekozen systeem voldoet aan de eisen van de Europese Unie. Zo mag wet- en regelgeving niet in strijd zijn met de vier vrijheden van de Europese Unie. In dit hoofdstuk heb ik de antimisbruikmaatregel van de Moederdochterraichtlijn en de Richtlijn interest en royalty's vergeleken met de eerder besproken maatregelen die zijn getroffen in bilaterale belastingverdragen. In zowel de Moederdochterraichtlijn als de Interest- & Royalty richtlijn is een bepaling opgenomen die aangeeft dat de richtlijn geen beletsel vormt voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken. Dit houdt in dat de lidstaten in de nationale wetgeving maatregelen moeten treffen die zullen doorwerken naar de richtlijnen. Gezien deze vrijheid en de daarop volgende variëteit aan antimisbruikmaatregelen is het niet mogelijk een vergelijking te maken met een main purpose test of LOB-bepaling. Wel heb ik geconcludeerd dat deze bepaling overeenkomt met de maatregel die is getroffen in art. 23 lid 1 verdrag Nederland – Duitsland.

Een tweede antimisbruikmaatregel die in de Interest- & Royalty richtlijn is opgenomen is vergelijkbaar met de main purpose test. Deze bepaling houdt in dat de lidstaat het recht heeft de belastingplichtige de voordelen van de richtlijn te ontzeggen of mag weigeren de richtlijn toe te passen indien belastingfraude, -ontwijking of misbruik de (een van de) voornaamste beweegredenen is.

Hoofdstuk 8 Samenvatting en conclusie

8.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk van mijn scriptie geef ik een samenvatting van de voorgaande hoofdstukken. De probleemstelling, geponeerd in paragraaf 1.2 zal ik beantwoorden. De probleemstelling luidt als volgt:

Welke van de door Nederland in bilaterale verdragen opgenomen bepalingen om treaty shopping tegen te gaan, geniet de voorkeur om ook in toekomstige verdragen te worden opgenomen?

8.2 Samenvatting

In hoofdstuk twee heb ik de lezer meegenomen in de geschiedenis van de belastingmoraal en belastingfraude. Waar voorheen geen onderscheid werd gemaakt tussen belastingontwijking en –ontduiking, wordt in 1873 een uitspraak gedaan in de Verenigde Staten waar dit onderscheid wel degelijk wordt gemaakt. Mijns inziens is het verschil dat er bij belastingontwijking, in tegenstelling tot belastingontduiking, geen sprake is van het verbergen of verkeerd voorstellen van feiten. Dat belastingontwijking geen illegale handeling is, houdt niet in dat overheden hier geen aandacht aan besteden. Om u een inzicht te geven in de diverse begrippen die binnen het kader van dit onderzoek worden gebruikt heb ik getracht deze begrippen te definiëren. De termen belastingfraude, belastingmisbruik en belastingontduiking kunnen wat mij betreft als synoniemen van elkaar worden behandeld. Deze begrippen zien op het opzettelijk handelen van de belastingplichtige om de vast te stellen belastingschuld te drukken.

Naast een algemene introductie betreft misbruik ben ik in hoofdstuk twee ook nader ingegaan op verdragsmisbruik. Om te voorkomen dat personen, die grensoverschrijdend investeren of activiteiten ontplooiën, geraakt worden door een dubbele heffing of juist ten onrechte belastingheffing ontlopen, worden belastingverdragen gesloten. Belastingverdragen dienen twee hoofddoelen. Allereerst het wegnemen van een juridisch dubbele belasting door middel van verdeling van de heffingsbevoegdheid. Ten tweede het in strijd met de nationale wetgeving ontgaan van belastingen voorkomen.²⁵⁶ In de Notitie Fiscaalverdragsbeleid 2011

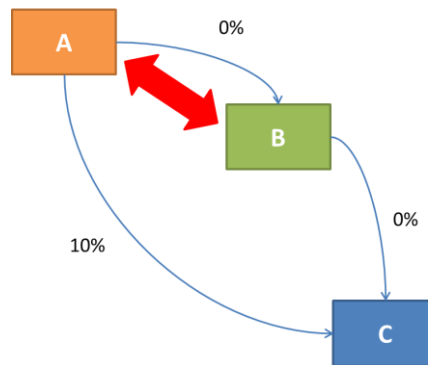
²⁵⁶ *Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, blz. 7* (Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011).

wordt verdragsmisbruik gedefinieerd als het verkrijgen van verdragsvoordelen door een persoon, voor wie deze voordelen niet zijn bedoeld, door oneigenlijk gebruik te maken van de regels die zijn vastgelegd in een belastingverdrag. Het voorkomen van verdragsmisbruik mag niet worden verward met het zojuist genoemde tweede hoofddoel van een belastingverdrag. Verdragsmisbruik kan worden onderverdeeld in de volgende categorieën: (I) fiscaal vluchtgedrag, (II) shopping binnen een verdrag en (III) treaty shopping. Binnen mijn onderzoek richt ik mij op deze laatstgenoemde variant, waarbij een inwoner van een derde staat zich toegang verschafft tot het verdrag om zo recht te krijgen op de verdragsvoordelen. In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 heeft de Staatssecretaris van Financiën de standpunten van Nederland uiteengezet ten aanzien van belastingverdragen. Nederland streeft ernaar verdragsmisbruik te minimaliseren door bij de totstandkoming het verdrag af te stemmen op het belastingstelsel van de verdragspartner. Kortom er wordt gestreefd naar maatwerk. Daar komt bij dat Nederland alleen bereid is om heffingsrechten op te geven indien er voldoende zekerheden zijn gesteld.

Gezien mijn onderzoek is gericht op maatregelen ter bestrijding van treaty shopping ben ik in hoofdstuk drie nader ingegaan op dit fenomeen. Treaty shopping kan worden onderverdeeld in (I) *direct conduit structures* en (II) *stepping stone structures*. Wanneer er gebruik gemaakt wordt van een doorstroomlichaam om toegang te krijgen tot de verdragsvoordelen is er sprake van een *direct conduit structure*. Indien een belastingplichtige daarnaast ook gebruik maakt van de verschillen in belastingssystemen is er sprake van een *stepping stone structure*. Denk hierbij bijvoorbeeld aan kosten die ten laste van de winst worden gebracht in een staat met een hoog belastingtarief en winst die wordt genoten in een laagbelaste jurisdictie. Er zijn verschillende argumenten aan te dragen waarom er maatregelen moeten worden getroffen tegen treaty shopping. Allereerst omdat treaty shopping niet strookt met het juridische systeem dat is gebaseerd op rechtvaardigheid. Echter blijft het hier lastig een duidelijke grens te trekken tussen goed en fout. Ten tweede gaat treaty shopping ten koste van de schatkist van een staat. Uit onderzoek is gebleken dat ontwikkelingslanden door treaty shopping een bedrag mislopen dat kan oplopen tot wel 7x het bedrag dat Westerse landen per jaar aan ontwikkelingshulp uittrekken. Een derde argument om maatregelen tegen treaty shopping te treffen is het in stand houden van een adequate heffing betreft het object. Een vierde argument wat in de literatuur wordt genoemd, maar waar ik zelf nog wat moeite mee heb, is dat treaty shopping te motivatie om verdragen te sluiten wegneemt.

De antimisbruikmaatregelen die in dit onderzoek worden besproken, zijn maatregelen die worden getroffen op het niveau A-B (figuur 9). Dit is noodzakelijk omdat A en C naar mijn idee niet de mogelijkheid hebben het probleem op te lossen door over B heen te regeren.

Figuur 9



Een ander belangrijk begrip waar ik in hoofdstuk drie bij stil heb gestaan is substance. Onder *substance* moet worden verstaan de herkenbaarheid van een lichaam door het bezit van en gebruik van materiële activa en door de functies die natuurlijke personen voor rekening en risico van dat lichaam vervullen.²⁵⁷ *Substance over form* houdt in dat de economische realiteit boven de juridische vorm gaat. Indien er sprake is van onvoldoende substance wordt een lichaam niet (h)erkend en is er geen toegang tot het belastingverdrag.

Nadat is komen vast te staan dat treaty shopping daadwerkelijk een probleem vormt en het noodzakelijk is maatregelen te treffen ben ik in hoofdstuk vier ingegaan op de maatregelen die zijn opgenomen in het OESO-Modelverdrag. Het OESO-Modelverdrag heeft geen officiële status of enige directe werking. Staten zijn vrij van het verdrag af te wijken. Sinds 1977 is het begrip uiteindelijk gerechtigde opgenomen in art. 10, 11 en 12 OESO-Modelverdrag. In belastingverdragen wordt het heffingsrecht ten aanzien van dividend, interest en royalty's vaak verdeeld tussen de woonstaat en de bronstaat. Het heffingsrecht van de bronstaat wordt echter beperkt indien de ontvanger van de gelden wordt aangemerkt als uiteindelijk gerechtigde. Ondanks het veelvuldig gebruik van het begrip uiteindelijk gerechtigde, ontbreekt een definitie in het OESO-Modelverdrag en het bijbehorend Commentaar. Om de ontwikkelingen rondom het begrip duidelijk weer te geven het ik

²⁵⁷ Redactie Vakstudie Nieuws, 'Bijlage bij de brief van Staatssecretaris van Financiën (IFZ/2012/85)', V-N 2008/38.3.

allereerst het Market Maker arrest besproken.²⁵⁸ De Hoge Raad oordeelde dat belanghebbende in casu de uiteindelijk gerechtigde is ten aanzien van de dividenden, omdat zij na de koop de eigenaar is van de dividenden, zij kan hier vrijelijk over beschikken en zij bij het inwisselen van de bewijzen niet optrad als zaakwaarnemer of lasthebber. Sinds 2001 is het begrip opgenomen in de Nederlandse wetgeving, zij het dat het hier slechts gaat om een negatieve formulering. Ook internationaal zijn er uitspraken gedaan die hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van het begrip uiteindelijk gerechtigde, bijvoorbeeld het arrest Indofood, Real Madrid, Bank of Scotland, Prevost en Velcro. In deze uitspraken is geen eenduidige lijn terug te vinden. In Indofood wordt bijvoorbeeld een meer economische benadering aangehangen, waarbij de vraag wordt gesteld of de ontvanger van het dividend, interest of royalty's volledig gerechtigd is tot het voordeel behorend bij dit inkomen. In Prevost wordt meer een juridische weg ingeslagen. Er wordt getoetst of de ontvanger vrijelijk over de ontvangen gelden kan beschikken en hierover ook het risico draagt en de controle heeft. Het juridisch eigendom vormt het uitgangspunt en alleen indien de belastinginspecteur kan aantonen dat er sprake is van een doorgeefluik kwalificeert de ontvanger niet als de uiteindelijk gerechtigde. In 2011 is er een voorstel gedaan tot het wijzigingen van het OESO-Commentaar. Deze mogelijke wijziging geeft het begrip uiteindelijk gerechtigde nader vorm, waarbij er lijkt te zijn gekozen voor een economische invulling.

Art. 26 en 27 van het OESO-Modelverdrag bevatten bepalingen betreft de uitwisseling van informatie en het verlenen van bijstand. Het verstrekken van inlichtingen kan worden onderverdeeld in drie categorieën, (I) het verstrekken van informatie op verzoek, (II) automatische informatie verstrekking en (III) spontane informatie uitwisseling. Er kunnen twee redenen worden aangedragen om een verzoek tot informatie uitwisseling in te dienen. Ten eerste omdat de informatie noodzakelijk is om het bilaterale belastingverdrag toe te kunnen passen. Ten tweede omdat zonder uitwisseling van informatie de nationale wetgeving, voor zover het verdragsbelastingen betreft, niet juist kan worden toegepast. Beide bepalingen vinden toepassing ten aanzien van binnenlandse- en buitenlandse belastingplichtigen. Naast deze bepalingen in het OESO-Modelverdrag kent Nederland ook nog andere wet- en regelgeving betreft het uitwisselen van informatie en het verlenen van bijstand, zoals de WIB, het WABB-Verdrag, TIEAs en enkele richtlijnen.

²⁵⁸ HR 6 april 1994, nr. 28 638, *BNB* 1994/217c*.

In hoofdstuk vijf en zes zijn drie mogelijke manieren om treaty shopping tegen te gaan besproken: de main purpose test, de LOB-bepaling en de doorwerking van antimisbruikleerstukken uit de nationale wetgeving. De main purpose test is een transaction-based bepaling waarbij de belastingplichtige de toegang tot de verdragsvoordelen wordt ontzegd indien het (of een van de) hoofddoel(en) is het profiteren van de verdragsvoordelen. De main purpose test is een subjectieve toets die door de open norm maatwerk nastreeft. De maatregel kan gezien worden als een aanvulling op het beneficial ownership. Wanneer een structuur zo wordt opgezet dat de tussenhouder vrije beschikkingsmacht toekomt, schiet de beneficial ownership bepaling tekort. De main purpose biedt hier uitkomst en kan de belastingplichtige de verdragsvoordelen weigeren. De main purpose test is onder andere opgenomen in het verdrag Nederland – Verenigd Koninkrijk. In tegenstelling tot andere verdragen waarin de test is opgenomen, is de bepaling in het verdrag met het Verenigd Koninkrijk verder uitgewerkt door het geven van voorbeelden.

De limitation-on-benefits bepaling is een entity-based benadering waar er, nadat er is vast komen te staan dat de belastingplichtige een inwoner is van een staat, moet worden getoetst of er recht is op de verdragsvoordelen. Door het objectieve karakter van de toets wordt de belastingplichtige rechtszekerheid geboden. Een nadeel van de LOB-bepaling is dat deze kan leiden tot een over- of underkill. Volgens mij is dit de oorzaak van het feit dat de bepaling lastig leesbaar is. De verdragssluitende staten proberen een overkill of underkill te vermijden wat de leesbaarheid niet ten goede komt. De LOB-bepaling is in uitgebreide vorm terug te vinden in het verdrag met de Verenigde Staten en is in beperktere vorm opgenomen in onder andere het verdrag Nederland – Japan.

In hoofdstuk zes heb ik een derde mogelijkheid om treaty shopping te bestrijden besproken, namelijk de doorwerking van antimisbruikleerstukken uit de nationale wetgeving. Nederland lijkt deze doorwerking alleen te accepteren indien die mogelijkheid expliciet in het verdrag wordt weergegeven. Indien dit niet expliciet wordt vermeld neemt Nederland het standpunt in dat nationale antimisbruikleerstukken niet doorwerken naar het belastingverdrag. *Bender* noemt als bezwaar van een eventuele doorwerking dat de regels en de invulling van nationale antimisbruikmaatregelen zich bevinden buiten het gezichtsveld en de invloedssfeer van Nederland. Een ander bezwaar is de rechtsonzekerheid. Deze onzekerheid komt op doordat de nationale leerstukken veelal open norm maatregelen zijn, bijvoorbeeld het fraus legis leerstuk

in Nederland.²⁵⁹ De doorwerking van nationale regels worden in andere landen, bijvoorbeeld Duitsland en Italië, positiever ontvangen.

In het onderstaande schema heb ik bovenstaande voor- en nadelen weergegeven, om de lezer een duidelijk inzicht te geven in de kenmerken van de besproken antimisbruikmaatregelen.

Main-purpose test	Limitation-on-benefits	Doorwerking nationale anti-misbruikmaatregels
Transaction based	Entity based	Diverse benaderingen
Open norm	Codificatie	Diverse benaderingen (voor Nederland: open norm – fraus legis)
Geringe rechtszekerheid	Veel rechtszekerheid	Geringe rechtszekerheid
Maatwerk	Mogelijk over- of onderkill	Invulling mogelijk buiten het gezichtsveld en de invloedssfeer van Nederland
	Complex	

In hoofdstuk 6 zijn ook de belastingverdragen met laagbelaste jurisdicties en jurisdicties die naar OESO-maatstaven kwalificeren als belastingparadijs aan bod gekomen. De Staatssecretaris van Financiën moest voor het ondertekenen van deze belastingverdragen wel bevestigen dat er voldoende maatregelen waren getroffen om misbruik uit te sluiten. Nederland heeft hier geen eenduidige lijn getrokken maar, zoals *Mooij* het omschrijft, gebruik gemaakt van een bonte variëteit aan antimisbruikmaatregelen.²⁶⁰

In hoofdstuk zeven heb ik getracht een vergelijking te maken tussen de eerder besproken anti-treaty shopping maatregelen en de maatregelen die zijn getroffen in de Moederdochterrichtlijn en de Interest- & Royalty richtlijn. Voor beide richtlijnen is de doorwerking van antimisbruikleerstukken uit de nationale wetgeving mogelijk gemaakt. Daarnaast bevat de Interest- & Royalty richtlijn een maatregel die vergelijkbaar is met de main purpose test. Een LOB-achtige bepaling komt in de onderzochte richtlijnen niet voor.

²⁵⁹ T. Bender, ‘Antimisbruikmaatregelen in belastingverdragen: een balancing act’, *WFR* 2011/539.

²⁶⁰ H. Mooij, ‘Verdragsmisbruik en het Nederlandse fiscale verdragsbeleid’, *MBB* 2011/04.

Hieronder is een overzicht gegeven van de besproken verdragen en de maatregelen die daarin zijn getroffen. Een eenduidige lijn is hier niet uit op te maken. Wat wel geconcludeerd kan worden is dat er momenteel een bonte variëteit aan anti-treaty shopping binnen de verdragen is waar te nemen.

Verdragen (bilaterale verdragen in volgorde van inwerkingtreding)	Beneficial ownership	Main purpose test	Limitation-on-benefits	Doorwerking nationale anti-misbruikmaatregelen
OESO-Modelverdrag	✓			
OESO-Commentaar	✓	✓	✓	
Nederland – Verenigd Staten	✓		✓	
Nederland – Verenigde Koninkrijk	✓	✓		
Nederland – Japan	✓		✓	
Nederland – Duitsland	✓			✓
Moeder-dochterrichtlijn				✓
Interest- & Royalty richtlijn	✓	✓		✓
		Ook opgenomen in o.a.: NL-Egypte, NL-Malta en NL-Zwitserland	Ook opgenomen in o.a.: NL-Bahrein en NL- Luxemburg	

8.3 Conclusie

Nadat ik heb geconstateerd dat treaty shopping daadwerkelijk een probleem vormt waar tegen opgetreden moet worden, zijn de volgende antimisbruikmaatregelen in kaart gebracht: *beneficial ownership*, *limitation-on-benefits*, *main purpose-test* en *doorwerking van antimisbruiklerstukken uit de nationale wetgeving*. Gezien het schematische overzicht van de voor- en nadelen van deze maatregelen in samenvatting richt ik mij in deze paragraaf enkel tot de conclusie op mijn hoofdvraag:

Welke van de door Nederland in bilaterale verdragen opgenomen bepalingen om treaty shopping tegen te gaan, geniet de voorkeur om ook in toekomstige verdragen te worden opgenomen?

Ik kom tot de conclusie dat de *limitation-on-benefits*-bepaling de meest toereikende bepaling is om treaty shopping tegen te gaan. Indien de vangnetbepaling binnen de LOB-bepaling wordt ingestoken als een main purpose test wordt de belastingplichtige zowel rechtszekerheid geboden als maatwerk indien daarom wordt gevraagd. Mijns inziens geniet de LOB-bepaling met een *main purpose-achtige* vangnetbepaling de voorkeur om in toekomstige verdragen te worden opgenomen.²⁶¹ In aanvulling hierop kan een *beneficial ownership*-bepaling worden opgenomen in het dividend-, interest- en royalty-artikel. Tot op heden ontbreekt een eenduidige definitie van het begrip uiteindelijk gerechtigde. Uit de jurisprudentie en de OESO discussion draft kan worden afgeleid dat een economische invulling van het begrip de voorkeur geniet. Naar mijn idee is het niet verkeerd als deze economische invulling expliciet wordt bevestigd, ik pleit dan ook voor codificatie van *beneficial ownership*.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat ik rechtszekerheid (in feite de ex ante voorspelbaarheid van de toepassing van een belastingverdrag) het doorslaggevende criterium vind bij de keuze voor een anti-treaty shopping maatregel. Door rechtszekerheid weten belastingplichtigen eerder waar zij aan toe zijn. Zoals in de inleiding al is aangegeven is het vandaag de dag mogelijk om op (vrijwel) ieder moment in (vrijwel) ieder land te investeren. Een grotere mate van rechtszekerheid draagt mijns inziens bij aan een beter investeringsklimaat. Hoewel het rendement van een investering onzeker blijft, is er wel duidelijkheid over de verdragstoepassing.

²⁶¹ In mijn afbakening heb ik aangegeven de anti-treaty shopping maatregelen niet te toetsen aan het EU-recht. In de literatuur wordt nog wel eens gesteld dat de LOB-bepaling in strijd is met het EU-recht. Het moge duidelijk zijn dat ik pleit voor een EU-conforme LOB-bepaling.

Wat betreft belastingverdragen met *laagbelaste jurisdicties* en naar OESO-maatstaven *belastingparadijzen* pleit ik voor de standaard opname van een subject-to-tax clause. Zo wordt voorkomen dat Nederland heffingsrechten prijs geeft terwijl een object niet of nauwelijks wordt belast. Ten aanzien van regelingen omtrent het *uitwisselen van informatie* en *het verlenen van bijstand bij invordering* kan ik niet anders concluderen dan dat het een goede zaak is als de positieve trend van de afgelopen jaar wordt voorgezet.

Ik wil afsluiten met de quote waarmee ik mijn onderzoek ook startte.

*Anti-abuse doctrines are needed...because it is impossible for drafters of the tax law to anticipate each and every interaction of the various tax rules. Inevitably, there will be some unforeseen interaction of tax rules so that, if one arranges one's affairs in just the right manner, magic happens.*²⁶² (Daniel N. Shaviro and David A. Weisbach)

Antimisbruikmaatregelen zijn nodig, helaas is de perfecte maatregel nog niet gevonden. Het kat en muis spelletje duurt voort. Ik wek mij geen illusie dat ooit de maatregel wordt ontworpen die alle mazen in de wet kan dichten, die leidt tot weinig rechtsonzekerheid, waarbij maatwerk wordt geleverd en ook nog eens duidelijk en leesbaar is. Desondanks hoop ik met dit onderzoek een relevante bijdrage te hebben geleverd in het verwezenlijken van dit (utopische) doel.

Maar voor nu....

Catch me *if* you can.

²⁶² J.L. Yablon, *As Certain As Death, Quotations about taxes*, Tax Analysts 2010 Edition.

Literatuurlijst

Jurisprudentie Hof van Justitie EU

- *HvJ EU* 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), *BNB* 2007/54

Jurisprudentie Hoge Raad

- HR 26 mei 1926, *NJ* 1926, 723
- HR 21 november 1984, nr. 22 092, *BNB* 1985/32
- HR 6 april 1994, nr. 28 638, *BNB* 1994/217c*
- HR 21 februari 2001, nr. 35 415, *BNB* 2001/196

Jurisprudentie internationaal

- United States vs. Isham, 84 U.S. 496 (1873)
- U.S. Supreme Court, Gregory vs. Helvering, (293 U.S. 465, 469 (1935))
- Court of Appeal 2006, EWCA Civ 158 (Indofood International Finance Ltd. vs. JP Morgan Chase Bank N.A., London Branch (formerly JP Morgan Chase Bank, London Branch))
- Real Madrid F.C. vs. Oficina Nacional de Inspeccion (18 July 2006), Westlaw Aranzadi JUR\2006\204307
- Conseil d'Etat, 29 December 2006, *Ministre de L'Economie, des Finances et de L'Industrie vs. Societe Bank of Scotland*, no.283314. See (2006) 9 ITLR
- TCC 22 April 2008, Car Inc. vs. Her Majesty the Queen
- TCC 24 February 2012, Velcro Canada vs. Her Majesty the The Queen

Overige jurisprudentie

- RvS 11 augustus 1993, nr. RO1.91.1844.77-125, *V-N* 1993/4152

Boeken

- H.P.A.M. van Arendonk, 'Juridische aspecten van belastingweerstand', in: D.J. Hessing, H. Elffers en J.H. Christiaanse (red.), *Belastingontduiking. Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand*, Deventer: Kluwer 1989

- J.A.M.Y. Bos-Rops, 'Van Incidentele gunst tot jaarlijkse belasting: de bede in het vijftiende-eeuwse Holland', in: *Fiscaliteit in Nederland, 50 jaar Belastingmuseum "Prof. Dr. Van der Poel"*, Zutphen/Deventer: De Walburg Pers / Kluwer 1987
- P.J.W. Duffhues en J.G. Groeneveld, *Financiële instrumenten, deel 1 financiering, belegging en risicobeheersing*, Deventer: Kluwer 1998
- A.C.G.A.C. De Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010
- D.J. Hessing, H. Elffers en J.H. Christiaanse (red.), *Belastingontduiking. Juridische, economische en psychologische aspecten van belastingweerstand*, Deventer: Kluwer 1989
- M.C.M. de Kroon, J.H.P.M. Raaijmakers, F.H.H. Sijbers en H. Vermeulen, *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009
- C. van Raad, *Cursus Belastingrecht Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2011
- J. Schwarz, 'Schwarz on Tax Treaties', Londen: Kluwer 2011
- B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law*, FED Fiscale Studiereserie 29, Deventer: Kluwer 2008
- K. Vogel, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Munich: Kluwer 1997
- A.C.J. de Vrankrijker, *Geschiedenis van de belastingen*, Bussum: Fibula-Van Dishoeck 1969
- S. Van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties*, Amsterdam: Kluwer 1997

Tijdschriften

- T. Bender, 'Antimisbruikmaatregelen in belastingverdragen: een balancing act', *WFR* 2011/539
- R.P.C.W.M. Brandsma, 'De (witte?) vlag uit?: eindelijk een uiteindelijk gerechtigde!', *FED* 2002/65
- R.P.C.W.M. Brandsma, 'Toewijzingen van heffingsrechten inzake vermogenswinsten volgens het nieuwe Nederlandse verdragsbeleid', *MBB* 2011/04
- M. Evers, 'Belastingverdragen in beeld: een korte beschouwing van dertig jaar Nederlandse belastingverdragen', *MBB* 2011/04
- M. Evers, A.C.G.A.C. de Graaf en A.J.A. Stevens, 'Zembla-uitzending 'Nederland belastingparadijs' nader beschouwd', *MBB* 2011/02

- J.I.H.M. Galavazi, ‘Het nieuwe belastingverdrag met Duitsland: van – onder meer – onroerende zaken, vermogensinkomsten waaronder dividenden en voorkoming’, *MBB* 2012/07/08
- A.C.G.A.C. de Graaf, ‘Visie over de vormgeving van een ‘anti-treaty shopping’-bepaling: een alternatief’, *MBB* 2007/02
- A.C.G.A.C. de Graaf, ‘Notities Nederlands fiscaal verdragsbeleid, een vergelijking’, *MBB* 2011/04
- J.H.C. Hellebrekers en J. van der Wal, ‘Het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (deel I). Een overzicht en commentaar op hoofdlijnen’, *MBB* 2010/12
- P. Kavelaars, ‘Keizer FIFA’, *WFR* 2010/669
- E.C.C.M. Kemmeren, ‘Anti-misbruikbepalingen in Nederlandse belastingverdragen in strijd met het EG-recht?’, *TFO* 1995/78
- L.F. Kusters, ‘Met wie sluit Nederland belastingverdragen?’, *MBB* 2011/04.
- R.D. Kramer, ‘Oneigenlijk gebruik van belastingverdragen’, *WFR* 1981/1357
- R.W. van der Linde en A.W.G. Lamers, ‘De interest- & royaltyrichtlijn’, *WFR* 2004/349
- P.F.E.M. Merks, ‘Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 1)’, *MBB* 2006/09
- P.F.E.M. Merks, ‘Belastingontduiking, -ontwijking en planning (deel 2)’, *MBB* 2006/10
- H. Mooij, ‘Verdragsmisbruik en het Nederlandse fiscale verdragsbeleid’, *MBB* 2011/04
- R.J.M. van Moorsel, ‘Ontgaan en ontduiken van belasting Tweede lustrum van het Fiscaal- Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam’, *WFR* 1980/693
- W.R. Munting, ‘Indofood: een steen in de vijver of een storm in een glas water?’, *WFR* 2008/1343
- W.R. Munting, ‘Beneficial ownership: handle with care’, *WFR* 2012/ 1064
- H. Pijl, ‘De verre uiteindelijk gerechtigde en beneficial owner in verdragen’, *WFR* 2003-621
- Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Bijlage bij de brief van Staatssecretaris van Financiën (IFZ/2012/85)’, *V-N* 2008/38.3
- Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Inleiding’, *V-N* 2008/38.1

- Redactie Vakstudie Nieuws, “Dubbele belasting; Discussion draft over verduidelijking uitdrukking “Beneficial owner” in Commentaar OESO-modelverdrag art. 10, 11, 12 OESO modelverdrag”, *V-N* 2011/26.8
- H.D. Rosenbloom, 'Review: OECD Report "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies"', *Intertax* 1988, blz. 179-182 (afl. 6-7)
- A.B.M. Soppe, ‘Ethiek op financiële markten’, *ESB* 83^{ste} jaargang, nr. 4160, pagina 536, 3 juli 1998
- E.M.S. Spierts, ‘Inwonerschap, hybride entiteiten en voorkoming van misbruik in het nieuwe belastingverdrag met Duitsland’, *MBB* 2012/07/08
- E.J. van der Vijver, ‘Het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Japan’, *MBB* 2010/12
- E.J. Van Vught, ‘De ‘main purpose test’ in het nieuwe belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk (2008): een analyse’, *WFR* 2011/801
- F.J. Wurm, 'Treaty Shopping in the 1992 OECD Model Convention', *Intertax* 1992, blz. 658-671 (afl. 12)
- O.I.M. Ydema, ‘Belastingmoraal’, *WFR* 1995/703
- Auteur onbekend, ‘Access to tax treaties’, *Intertax* 1989, blz. 330-377 (afl. 8-9)
- Auteur onbekend, ‘Het rapport-Van Bijsterveld. Conclusies en aanbevelingen’, *WFR* 1980/473

Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 1992/93, 23 220, nr 3
- *Kamerstukken II* 1992/93, 23 220, nr 5
- *Kamerstukken II* 2001/02, 27 896, nr. 3
- *Kamerstukken II* 2001/02, 27 896, nr. 5
- *Kamerstukken I* 2001/02, 27 896, nr. 117b
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31 764 en 31 824, C
- *Kamerstukken II* 2009/10, 32 145, nr 3
- *Kamerstukken II* 2010/11, 25 087, nr. 7
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 62

Beleid

- Besluit 12 augustus 1985, nr. 585-17771, *BNB* 1985/298
- Besluit van 6 april 2006, nr. CPP2006/546, *V-N* 2006/29.5
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 25 juni 2012, nr. IFZ/2012/85U, ‘Uitvoering motie leden Braakhuis en Groot betreffende de ‘substance’-eisen in de Nederlandse belastingwetgeving’, *V-N* 2008/38.2
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 februari 2011, nr. IFZ2011/100 M2, *V-N* 2011/12.3

Websites

- Organisation for Economic Co-operation and Development, www.oecd.org,
<http://www.oecd.org/about/history/>.
- Organisation of the Petroleum Exporting Countries (OPEC), www.opec.org,
http://www.opec.org/opec_web/en/about_us/168.htm
- European Union, www.europa.eu,
http://europa.eu/about-eu/basic-information/index_nl.htm

Overige bronnen

- Agentschap NL, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, ‘Handelscijfers Nederland – Golfstaten’, geplaatst op 9 mei 2012, laatst gewijzigd op 18 juli 2012
<http://www.agentschapnl.nl/content/handelscijfers-nederland-golfstaten>
- Mededeling Commissie van de Europese Gemeenschappen, ‘Coördinatie van de directebelastingstelsels van de lidstaten op de interne markt’, Brussel 19 december 2006, COM(2006) 823
- Mededeling Commissie van de Europese Gemeenschappen, ‘Antimisbruikmaatregelen op het gebied van directe belastingen – toepassing in de EU en ten aanzien van derde landen’, Brussel 10 december 2007, COM(2007) 785
- (Ondere redactie van) P.A.G.M. Cools, E.A. Visser en L.G. Zuliani, ‘Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht’, Kluwer (Online)
- Fair Politics, ‘Belastingen, Fair taxes’, juni 2011

- J. Li, “Beneficial Ownership” in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case of Clarity (draft), Conference in Honor of John Avery Jones 22nd and 23rd April 2010. Osgoode Hall Law School of York University, Canada.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Harmful tax competition: an emerging global issue*, Parijs: OESO 1998
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention”, Discussion draft 29 April 2011 to 15 July 2011
- M. Peters, “Beneficial owner” – CRA’s assessment of Velcro doesn’t stick”, *FMC Law* (www.fmc-law.com)
- P. Ramaekers, ‘Duitsland belangrijkste handelspartner van 17 EU-landen’, *CBS Webmagazine* 1 augustus 2012
<http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/internationale-handel/publicaties/artikelen/archief/2012/2012-3661-wm.htm?RefererType=RSSItem>.
- Rijksoverheid, Nieuwsbericht 28-12-2010, ‘Nieuwe belastingverdragen’,
<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2010/12/28/nieuwe-belastingverdragen.html>
- Rijksoverheid, Nieuwsbericht 12-04-2012, ‘Staatssecretaris Weekers ondertekent belastingverdrag met Duitsland’,
<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/04/12/staatssecretaris-weekers-ondertekent-belastingverdrag-met-duitsland.html>
- J. Venuti, J. Connery, D. Poms and J. Blasddel, ‘Eligibility for Treaty Benefits under the Netherlands-U.S. Income Tax Treaty’, 26 October 2009,
http://us.kpmg.com/microsite/taxnewsflash/2009/Oct/Netherlands_Treaty.pdf
- Conclusie A-G Wattel van 11 december 2002, nr. 37 011, *V-N* 2003/5.5
- J.L. Yablon, *As Certain As Death, Quotations about taxes*, Tax Analysts 2010 Edition
- ‘Franse miljardair wil belg worden’, *Het Financieele Dagblad*, 8 september 2012

Appendix 1